

ENTREPRENØRENS STANSNINGSRETT

ETTER NS 8405 PUNKT 30.2



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 724
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 16 821 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Rettskildebildet - tolkning av standardkontrakter	2
1.2.1	Kort om NS 8405	2
1.2.2	Utgangspunkter for tolkningen.....	3
1.2.3	Rettspraksis	5
1.2.4	Juridisk teori.....	6
1.2.5	Alminnelig kontraktsrett.....	6
1.3	Den videre fremstillingen	6
<u>2</u>	<u>ENKELTE UTGANGSPUNKTER FOR NS 8405 PUNKT 30.2.....</u>	<u>7</u>
2.1	Forhistorie	7
2.2	NS 8405 pkt. 30.2	8
2.3	Legislative hensyn.....	8
<u>3</u>	<u>BETALINGSMISLIGHOLD SOM GRUNNFORUTSETNING FOR STANSNINGSRETT</u>	<u>9</u>
3.1	Innledning.....	9
3.2	Betalingsmislighold.....	10
3.3	Betalingsmislighold i forbindelse med endringsarbeid	14
3.3.1	Innledning.....	14
3.3.2	Utførelsesplikten setter forbud mot stansningsrett	14
<u>4</u>	<u>VARSLINGSVILKÅRET</u>	<u>15</u>
4.1	Innledning.....	15

4.2	Innholdsmessige krav til varselet	16
4.3	Krav til skriftlighet	17
4.4	Krav til rett adressat	18
4.5	Tidsfristen.....	19
4.6	Kan det tenkes unntak fra varslingsvilkåret?	22
5	<u>VESENTLIGHETSVILKÅRET</u>	23
5.1	Innledning.....	23
5.2	Terskelen i vesentlighetsvilkåret	23
5.3	Momenter i vesentlighetsvurderingen	31
5.3.1	Kort om vurderingsstrukturen	31
5.3.2	Det objektive avvik: Beløp og tid.....	32
5.3.3	Tidligere betalingsmislighold	34
5.3.4	Avdragsnota eller tilleggsvederlag	34
5.3.5	Garantistillelse for omtvistet beløp.....	34
5.3.6	Stansningens betydning for byggherren	35
5.3.7	Alternative beføyelser	35
5.3.8	Lojalitet og skyld.....	36
5.3.9	Betalingsvegning.....	36
5.3.10	Manglende sikkerhetsstillelse	37
5.4	Betraktninger de lege ferenda om vesentlighetsvilkåret	38
6	<u>FORVENTET BETALINGSMISLIGHOLD</u>	41
6.1	Innledning.....	41
6.2	Vilkåret - kravet til sannsynlighet.....	41
7	<u>KONSEKVENSER AV STANSNING</u>	45
7.1	Konsekvenser av rettmessig stansning.....	45
7.1.1	Innledning.....	45

7.1.2	Fristforlengelse - kravet om varsling.....	45
7.1.2.1	Innledning.....	45
7.1.3	Vederlagsjustering.....	50
7.1.3.1	Innledning.....	50
7.1.3.2	Varsling.....	50
7.1.3.3	Tapsbegrensningsplikt	52
7.2	Konsekvenser av urettmessig stansning	54
7.2.1	Innledning.....	54
7.2.2	Dagmulkt og erstatning	54
7.2.3	Byggherrens hevningsrett.....	55
<u>8</u>	<u>STANSINGSRETT PÅ ANNET GRUNNLAG ENN PKT. 30.2?</u>	<u>56</u>
8.1	Innledning.....	56
8.1.1	Byggherrens medvirkningssvikt.....	57
8.1.2	Manglende sikkerhetsstillelse.....	58
<u>9</u>	<u>KILDER.....</u>	<u>60</u>
9.1	Standarder.....	60
9.2	Lov.....	60
9.3	Forarbeider	61
9.4	Domsregister	61
9.5	Litteraturliste	62
9.5.1	Bøker	62
9.5.2	Artikler	63
9.6	Annet.....	64
9.6.1	Byggblankett 8405 A.....	64
9.6.2	Dansk entreprisestandard.....	64

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

I en tradisjonell entreprisekontrakt utfører entreprenøren et definert byggearbeid etter bestilling fra byggherren. Entreprenørens hovedforpliktelse er å utføre, mens byggherrens hovedforpliktelse er å godtgjøre dette arbeidet etter hvert som det skrider frem. I et slikt løpende kontraktsforhold har entreprenøren rett til å stanse arbeidet dersom byggherren ikke betaler. Denne stansningsretten er et direkte utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse. Tema for avhandlingen er stansingsretten slik den er regulert i NS 8405 pkt. 30.2.¹

Prinsippet om ytelse mot ytelse er regulert i NS 8405 slik at entreprenøren utfører arbeidet før han får betalt.² Ved dette eksponeres entreprenøren for likviditet og risiko. Stansningsretten er derfor en sentral og viktig beføyelse når entreprenøren ikke får betalt som forutsatt etter kontrakten. Beføyelsen har en todelt funksjon - på den ene siden for å beskytte entreprenøren mot ytterligere eksponering, og på den andre siden for å fremtvinge byggherrens ytelse. Et varsel om stansning vil ofte være den eneste beføyelse som yter et reelt oppfyllellespress mot byggherrens mislighold.

Hovedtema i fremstillingen er vilkårene for stansningsrett etter NS 8405 pkt. 30.2, men også konsekvensene av stansning vil bli behandlet. For sammenligningens skyld, vil det til slutt kastes et blikk på om stansningsrett kan gjøres gjeldende på annet grunnlag enn pkt. 30.2.

¹ Ved omtale av NS 8405 er det gjeldende standard fra 2008 det henvises til. Der meningen er å henvise til 1. utgaven fra 2004, vil det uttrykkelig fremgå.

² Se NS 8405 pkt. 28.1

Stansingsretten etter andre entrepriseformer, som for eksempel totalentrepriser³ og forbrukerentrepriser⁴, vil kun berøres i den grad det kan være hensiktsmessig for å belyse reguleringen i NS 8405 pkt 30.2.

1.2 Rettskildebildet - tolkning av standardkontrakter

1.2.1 Kort om NS 8405

NS 8405 "Norsk bygge- og anleggskontrakt" (2008) er ment som kontraktsgrunnlag for utførelsesentrepriser.⁵ Det skilles mellom to hovedformer for entreprisekontraktene, utførelsesentreprise og totalentreprise.⁶ Ved den typiske utførelsesentreprise skal entreprenøren utføre sitt arbeid i tråd med byggherrens anvisning (prosjektering). Byggherren står i så måte for det vesentlige av prosjekteringen.⁷ En følge av dette er et utgangspunkt om at byggherren har prosjekteringsrisikoen. Feil og mangler hvis årsak kan føres tilbake til prosjekteringen er dermed byggherrens ansvar. Dette skiller seg fra totalentrepriser, hvor det er entreprenøren selv som står for det vesentlige av prosjekteringen.⁸

NS 8405 bygger på, og avløste NS 3430. NS 3430 avløste NS 3401 (1969) i 1994 hvis forgjengere var NS 401A (1961) og NS 401 (1944).

NS 8405 ble første gang vedtatt i 2004. Denne ble siden revidert, og kom i ny utgave i 2008. Det er imidlertid ingen vesentlige endringer i pkt. 30.2 som regulerer entreprenørens stansningsrett. Revisjonen gjaldt hovedsakelig bestemmelsene i kapittel III og Kapittel IV.⁹ Pkt 30.2 viser til pkt. 24 og pkt. 25 i kapittel IV som regulerer varsling av krav. Varslingsreglene er endret siden 2004-standardens.

³ Se NS 3431

⁴ Se bustadoppføringslova § 1, Se håndverkertjenesteloven § 1

⁵ Dette fremgår av NS 8405 pkt. 1, første avsnitt

⁶ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 45

⁷ Se NS 8405 pkt. 1, første avsnitt

⁸ Se NS 3431 pkt. 1, første avsnitt

⁹ Se NS 8405 "Forord"

NS 8405 er ment for bruk mellom profesjonelle parter. Entrepriseforhold er ikke lovregulert utenfor forbrukerforhold. Når byggherren er forbruker, reguleres entrepriseforholdet av lovgivning.¹⁰ Det råder full avtalefrihet mellom profesjonelle parter ved inngåelse av entreprisekontrakter. Partene kan avtale at en standardkontrakt skal utgjøre deres kontraktsgrunnlag. Normalt vil det være tilstrekkelig at kontrakten inneholder en henvisning til vedkommende standardkontrakt for at den skal gjelde mellom dem¹¹, en såkalt referanseklause. Til nevnte formål er det utarbeidet et standarddokument "Byggblankett 8405 A". Avtalefriheten åpner for at partene i tillegg til å vedta standardkontraktens anvendelse, kan avtale utfyllende bestemmelser som er særskilt tilpasset deres mellomværende. Ved motstrid bestemmer NS 8405 pkt. 3.2 at bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten går foran standardiserte bestemmelser. Standardens enkeltbestemmelser passer inn i et system og bør ses som et hele. Dersom partene endrer enkeltbestemmelser i standarden i sitt kontraktsforhold vil dette kunne røkke ved den opprinnelige balanse i kontrakten. På denne bakgrunn bør punktvis endringer være godt gjennomtenkt fra begge parter. I forordet til NS 8405 er det også uttrykkelig uttalt en forutsetning om at standarden anvendes uten endringer,

"bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt."

1.2.2 Utgangspunkter for tolkningen

Standardkontraktene er utarbeidet av en komité oppnevnt av Standard Norge, som består av representanter og interessegrupper fra entreprenørsiden og byggherresiden.¹² Standardiseringen gjør at alminnelige prinsipper for avtaletolking må modifiseres noe. Det er nylig avsagt to Høyesterettsdommer hvor det gis anvisning på tolkningsmetoden. I HR-2010-1875-A var et av spørsmålene hvilke utgifter som kunne betraktes som "merutgifter" etter NS 3430 pkt 7.5 jf pkt. 21.1. Høyesterett uttaler i premiss 59 følgende:

¹⁰ Se bustadoppføringslova § 1 og håndverkertjenesteloven § 1

¹¹ Se Barbo (1997) s. 34

¹² Se NS 8405 "Forord"

"For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 20002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner. ..."

Høyesterett understreker at det er en naturlig språklig fortolkning som skal legges til grunn. Det er også grunn til å se hen til uttalelser fra Høyesterett få måneder tidligere. I Rt-2010-961 var det NS 3431 (totalentrepriser) som var gjenstand for tolkning. I denne avgjørelsen presiseres det at ordlyden må tolkes i tråd med bestemmelsenes formål og andre reelle hensyn. Etter å ha fastslått at det ikke foreligger holdepunkter for at partene har hatt en felles forståelse av bestemmelsene som er gjenstand for tolkning, uttaler retten i premiss 44:

"Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn."

I tråd med alminnelige prinsipper for avtaletolkning legges altså partenes felles forståelse til grunn dersom en slik foreligger. I motsatt fall, vil ordlydsfortolkning i lys av formål og andre reelle hensyn være det sentrale utgangspunkt ved tolkningen. Ettersom standardkontraktene søker å regulere alle viktige spørsmål i avtaleforholdet blir formålsbetraktninger og bransjemessige hensyn mer relevante enn for eksempel løsninger som følger av bakgrunnsretten.¹³ Tolkningen ligner mer på lovtolkning enn alminnelig avtaletolkning. Det er imidlertid ikke blitt utarbeidet tilgjengelige forarbeider til standardkontraktene, slik som det for eksempel er gjort for Norsk Sjøforsikringsplan. Denne har sine forarbeider i Motivene til Norsk sjøforsikringsplan.

¹³ Se Sandvik (1966) s. 60. Se Haaskjold (2002) s. 187

1.2.3 Rettspraksis

Rettspraksis knyttet til entrepriserett er noe begrenset. Dette skyldes at stor del av avgjørelsene har vært behandlet gjennom voldgift¹⁴ som har vært unntatt offentlighet. Etter NS 8405 er utgangspunktet at tvister avgjøres ved ordinær rettergang der tvistegjenstandens verdi er under 100 G, jf pkt. 43.3. Pkt. 43.4 bestemmer at tvister hvor verdien er lik eller over 100 G, skal avgjøres ved voldgift med mindre partene avtaler noe annet. Etter voldgiftsloven 14. mai. 2004 nr. 25 (voldgiftsloven) § 5 er voldgiftsavgjørelser ikke underlagt taushetsplikt med mindre partene har avtalt noe annet. En av de typiske grunner for å velge voldgift, er imidlertid ønsket om at tvisten ikke skal offentliggjøres. Det kan derfor antas at voldgiftsavgjørelser fortsatt blir unntatt offentlighet.¹⁵ Etter hvert som kontraktene åpnet for tvisteløsning ved de alminnelige domstoler har rettspraksis om entrepriserettslige tvister blitt mer tilgjengelig. Det foreligger lite rettspraksis fra Høyesterett som omhandler entreprenørens stansningsrett. Det er imidlertid avsagt enkelte lagmannsrettsdommer om temaet. Disse avgjørelsene blir en relevant kilde når det verken finnes lov eller forarbeider, og det i tillegg er lite Høyesterettspraksis på området. Det foreligger ikke tilgjengelige dommer vedrørende NS 8405 pkt. 30.2. Ordlyden i pkt. 30.2 er tilnærmet lik stansningsrettsbestemmelsen i forgjengeren NS 3430 pkt. 36. Rettspraksis vedrørende NS 3430 pkt. 36 vil derfor være relevant for tolkningen av pkt. 30.2. Også rettspraksis om stansningsrett hvor kontraktsforholdet har vært basert på andre entreprisestandarder¹⁶ vil kunne ha interesse for tolkningen.

Entreprisekontrakter er av utpreget dynamisk karakter. De er ofte langvarige, og prosjektet vil av ulike årsaker lett kunne endres underveis. De problemstillinger som reises er ofte svært konkrete. Det er likevel mulig å finne hensyn og momenter i rettspraksis som har gyldighet utover den konkrete sak.

¹⁴ Se som eksempel regulering i NS 401A pkt. 27. Slik som Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s.

51

¹⁵ Slik som Høgetveit Berg (2006) s. 94

¹⁶ For eksempel NS 3431 (totalentrepriser) og eldre standarder for utførelsesentrepriser

1.2.4 Juridisk teori

Etter alminnelig rettskildelære har juridisk teori relativt liten vekt som rettskildefaktor. På entrepriseområdet øver imidlertid juridisk teori ofte innflytelse på tolkningen ettersom øvrige rettskilder er lite tilgjengelig.¹⁷ Det finnes juridisk teori om generell entrepriserett og om de enkelte standardkontraktene. "Entreprenørrisikoen" av Tore Sandvik fra 1966 er fortsatt relevant for forståelsen av entrepriserettslige spørsmål. I tilknytning til NS 8405 finnes to sentrale kommentarutgaver til den første utgaven av standarden.¹⁸ Det er nå også utgitt en kommentarutgave til 2. utgaven; NS 8405 (2008).¹⁹ I tilfeller hvor den entrepriserettslige regel er utslag av alminnelig kontraktsrett, vil sentrale verk innenfor dette området kunne være relevant.

1.2.5 Alminnelig kontraktsrett

Selv om entrepriserett er spesiell kontraktsrett, er den også underlagt alminnelige kontraktsrettsrettslige prinsipper. Sistnevnte prinsipper vil derved kunne være en supplerende kilde når standarden er taus eller uklar.

1.3 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 presenteres enkelte utgangspunkter for bestemmelsen i NS 8405 pkt. 30.2. Kapittel 3-6 utgjør avhandlingens hoveddel. I denne delen behandles vilkårene for stansningsrett etter pkt. 30.2. I kapittel 7 behandles konsekvensene av at stansning er foretatt. I kapittel 8 stilles det spørsmål om stansningsrett kan gjøres gjeldende på annet grunnlag enn pkt. 30.2, herunder ved annen byggherresvikt enn betalingsmislighold.

¹⁷ Se eksempelvis LF-1993-84 hvor retten ser ut til å vektlegge synspunkter fra juridisk teori

¹⁸ Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2006) og Kolrud mfl (2004)

¹⁹ Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010)

2 Enkelte utgangspunkter for NS 8405 punkt 30.2

2.1 Forhistorie

Standardene fra før NS 3430 inneholdt ikke en bestemmelse om stansningsrett for entreprenøren. En slik rett ble likevel ansett å følge av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. I avgjørelsen inntatt i Rt-1978-1157 ble avtaleforholdet bedømt etter den såkalte "Byggherrestandard". Et av spørsmålene i saken var om entreprenøren hadde hatt rett til å stanse arbeidet ved to anledninger grunnet byggherrens forsinkede betaling. Retten fant at stansningsrett var en mulig beføyelse for en entreprenør ved forsinket betaling fra byggherren, til tross for at dette ikke var nevnt i standarden. Retten uttalte i den forbindelse at:

"En rett til å holde arbeidsprestasjoner tilbake ved forsinket betaling må anses hjemlet i alminnelige kontraktsregler, og det er ikke grunn til å anse standarden uttømmende. Jeg viser i denne forbindelse til Sandvik: Kommentar til NS 3401 side 263 og de to voldgiftsdommer som nevnes der. Det er ikke grunn til å tolke "byggherrestandarden" annerledes enn NS 3401 på dette punkt."

I dommen ble det vist til Sandvik sin kommentar til NS 3401 side 263. Kapittelet som det henvises til omhandler stansning av arbeidet. Sandvik fremholder følgende:

*"Pkt. 26 regulerer direkte bare partenes hevningsrett. Etter alminnelige obligasjonsrettslige regler vil imidlertid en kontraktspart i tilfelle av aktuelt eller antesipert mislighold fra den annen parts side også kunne gjøre gjeldende tilbakeholdsrett (retensjonsrett, detensjonsrett)."*²⁰

Entreprenørens stansningsrett etter NS 8405 pkt. 30.2 utgjør en såkalt detensjonsrett. Detensjonsrettens sentrale innhold er retten til å holde tilbake egen ytelse ved medkontrahentens mislighold. Detensjonsretten er forankret i prinsippet om ytelse mot ytelse. Det følger av alminnelig kontraktsrett at prinsippet gjelder i gjensidig

²⁰ Se Sandvik (1977) s. 263

bebyrdende kontraktsforhold med mindre partene har avtalt noe annet.²¹ Prinsippet tilsier at det skal skje en samtidig gjennomføring av ytelsene. I entreprisekontrakter må en av partene yte først, og dermed kan ikke prinsippet følges fullt ut. Det følger av alminnelig kontraktsrett at realdebitor skal yte først.²² Denne ordningen er fulgt i NS 8405. Etter pkt. 28.1 er utgangspunktet at entreprenøren fakturerer byggherren etter hvert som arbeidet utføres.

Detensjonsretten går ut på at ytelsesplikten suspenderes inntil medkontrahenten ikke lenger er i mislighold. Så snart byggherren oppfyller sin plikt slik at vilkåret for stansning ikke lenger er tilstede, gjenoppstår entreprenørens utførelsesplikt.

2.2 NS 8405 pkt. 30.2

NS 8405 regulerer entreprenørens stansningsrett i pkt. 30.2. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Entreprenøren har med 24 timers skriftlig varsel rett til å stanse utførelsen dersom byggherren vesentlig misligholder sin betalingsforpliktelse, eller det er klart at slikt mislighold vil inntre.

Ved stansing har entreprenøren krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag i samsvar med bestemmelsene i punktene 24 og 25. Entreprenøren skal varsle sitt krav i samsvar med varslingsbestemmelsene i de samme punktene."

2.3 Legislative hensyn

Et sentralt hensyn bak NS 8405 pkt. 30.2 er å gi entreprenøren beskyttelse mot ytterligere eksponering. Når entreprenøren utsettes for betalingsmislighold, har han hatt utlegg for utført arbeid. Stansingsretten er et viktig virkemiddel for å trygge entreprenørens likviditet. I tillegg vil stansingsretten kunne yte oppfyllellespress og bidra til opprettholdelse av balanse i kontraktsforholdet. Det viktigste for entreprenøren

²¹ Se Hagstrøm (2003) s. 352

²² Se Hagstrøm (2003) s. 359

er å få betalt for sin utførelse, og dermed oppnå økonomisk trygghet for å fortsette arbeidet. En stansning kan oppveie for den ubalanse byggherrens mislighold har skapt.

Det kan nevnes at entreprenøren kan kreve forsinkelsesrenter for det misligholdte beløp etter NS 8405 pkt. 30.1. Det henvises til reglene i lov om renter ved forsinket betaling m. m. (forsinkelsesrenteloven) 17. desember 1976 nr. 100. Renten løper fra fakturaens forfall, jf § 2. Det fremgår av § 3 at størrelsen på forsinkelsesrenten er den som blir fastsatt av Finansdepartementet til en fast prosent årlig rente. Denne sanksjonen yter imidlertid sjeldent tilstrekkelig press for å fremtvinge byggherrens oppfyllelse.

Detensjonsretten stiller krav om at et tilbakehold må være verdimessig proporsjonalt med den annens mislighold.²³ Tanken er at ivaretagelse av ens egen interesse ikke kan forsvares utover det som tilsvarer et krav til proporsjonalitet. I og med at entreprenørens ytelse er udelelig, er proporsjonalitetskravet ivaretatt ved at det oppstilles krav om at betalingsmisligholdet er vesentlig.²⁴

Det er nærliggende å betrakte prinsippet om ytelse mot ytelse som grunnleggende rett. Den tanke at man selv skal slippe å yte når den annen ikke opptrer kontraktsmessig, kan man si følger av en naturrettslig tankegang. Dersom man tenker den positive rett bort, ville man altså likevel hatt en umistelig rett til å holde tilbake sin egen ytelse ved den andres kontraktsbrudd.

3 Betalingsmislighold som grunnforutsetning for stansningsrett

3.1 Innledning

Det følger uttrykkelig av ordlyden at vesentlig betalingsmislighold kan gi grunnlag for stansningsrett. NS 8405 er kommet til etter at tidligere standarder er blitt praktisert i en årrekke. I mellomtiden har det også kommet flere lagmannsrettsavgjørelser som har gitt

²³ Slik Hagstøm (2003) s. 356-357

²⁴ Slik Hagstrøm (2003) s. 355. Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 470

eksempler på tvister om stansningsrett. Dette taler for at ordlyden i NS 8405 pkt. 30.2 er velfundert. Ordlyden er klar, og den gir ikke rom for å innfortolke andre typer mislighold som grunnlag for å stanse etter bestemmelsen. Stansning hjemlet i NS 8405 pkt. 30.2 kan på denne bakgrunn bare gjøres gjeldende ved vesentlig betalingsmislighold.

3.2 Betalingsmislighold

For å fastslå om betalingsmislighold foreligger må byggherrens atferd med hensyn til betalingsforpliktelsen utgjøre et avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. Det avgjørende er å fastslå at det foreligger et objektivt avvik fra de krav kontrakten stiller til beløpets størrelse og/eller tidspunktet for oppfyllelse.

Alle typer betalingsforpliktelser for byggherren må antas omfattet av dette vilkåret. Både manglende avdragsbetaling, manglende betaling av entreprenørens krav på tilleggsvederlag og brudd på andre betalingsplikter kan altså utgjøre betalingsmislighold etter pkt. 30.2. I det følgende tas utgangspunkt i brudd på plikten til å betale avdrag. Dette er den vanlige oppgjørsmåten for løpende utført kontraktsarbeid etter NS 8405, jf pkt. 28.1. En forutsetning for at det foreligger betalingsmislighold, er at entreprenøren har oppnådd krav på betaling. Entreprenøren har krav på betaling når det arbeid fakturaen viser til er utført, og forfallsdato har kommet. En faktura basert på et arbeid som ennå ikke er utført har entreprenøren ikke krav på betaling for, med mindre det er avtalt forskuddsbetaling. Verdien av arbeidet beregnes etter de priser som fremgår av kontrakten, jf pkt. 28.1, første ledd, siste punktum. Etter pkt. 29.1 er forfallsdato 28 dager etter at byggherren har mottatt faktura. Ellers ville oppfyllelsestiden fulgt av lov om gjeldsbrev av 17. februar 1939 (gjeldsbrevlova) nr. 1 § 5.²⁵ Byggherren plikter da å betale ved entreprenørens påkrav. Det er fremholdt at det i praksis gis debitor en rimelig frist etter påkravet til å innfri,²⁶ selv om ordlyden taler om

"straks kravsmannen seier frå".

²⁵ Se Bergsåker (1994) s. 34

²⁶ Se Bergsåker (1994) s. 35

Det følger av pkt. 28.3 at entreprenøren skal spesifisere fakturaen. I LB-2001-4037 var kontraktsforholdet basert på NS 3430. Entreprenøren hadde stanset arbeidet fordi han mente at byggherren hadde vesentlig misligholdt sine betalingsforpliktelser. Han viste blant annet til byggherrens manglende betaling av del av en avdragsfaktura. For dette spørsmål fant lagmannsretten at byggherren hadde hatt et rettmessig krav på å få spesifisering før han betalte den udokumenterte del av fakturaen. Retten ser ut til å foreta vurderingen av vesentlig betalingsmislighold i en og samme vurdering. Det kan da reises spørsmål om retten anså den manglende betaling som et mislighold, men at det ikke ble funnet vesentlig. Uttalelsene gir likevel klart uttrykk for at den manglende betaling ikke utgjorde noe betalingsmislighold overhode. Avgjørelsen var konkret, og basert på en annen kontrakt enn NS 8405. NS 8405 pkt. 28.3 åpner imidlertid også for at byggherren kan kreve spesifisering før han betaler fakturaen.

En spesifisering kan også være viktig dokumentasjon for entreprenøren dersom tvist om dette senere dukker opp i en rettssak. Han må i tilfelle sannsynliggjøre at han hadde krav på betaling. Der byggherren påberoper en rett til å holde tilbake betaling, må betalingsplikten vurderes i sammenheng med pkt. 29.3. En annen viktig forutsetning for at betalingsmislighold kan konstateres er nemlig at byggherren ikke har rett til å holde tilbake betalingen etter pkt. 29.3. Ved å se hen til rettspraksis om stansningsrett, virker det som om bakgrunnen for disse tvistene ofte er uenighet om byggherrens berettigelse etter pkt. 29.3. Selv om byggherren i utgangspunktet hadde en betalingsplikt kan det tenkes at denne er suspendert eller bortfalt som følge av entreprenørens kontraktsbrudd. Pkt. 29.3 har følgende ordlyd:

"Er det påløpt dagmulkt, eller har byggherren andre krav som følge av entreprenørens kontraktsbrudd, kan byggherren holde tilbake så mye av betalingen at dette dekker det spesifiserte kravet.

For øvrig plikter byggherren å betale de uomtvistede krav innen de fastsatte betalingsfrister."

Både dagmulktkrav og andre krav byggherren har, kan altså medføre at manglende betaling ikke utgjør et mislighold i den grad byggherrens krav verdimessig dekker entreprenørens faktura. Byggherrens krav kan ha grunnlag i at arbeidet er beheftet med mangler, men også andre kontraktsbrudd fra entreprenøren kan gi rett til tilbakehold. Ordlyden fastsetter at byggherrens krav må spesifiseres. Entreprenøren må gis mulighet til å ta stilling til byggherrens påstand. Konsekvensen av manglende spesifisering er at det ikke foreligger tilbakeholdsrett etter pkt. 29.3. Dette medfører at manglende betaling til entreprenøren anses som mislighold. I avgjørelsen inntatt i LB-2008-33181 var kontrakten basert på NS 3430. Sameiet som det refereres til var byggherre. Retten uttaler under pkt. 1.5:

"Hensett til det betydelige beløp sameiet sto til rest med på stansningstidspunktet - når man ser bort fra dagmulkten og andre eventuelle motkrav fra sameiets side som da ikke var spesifisert - og det forhold at deler av betalingsmisligholdet hadde vart over lang tid, finner lagmannsretten at det forelå et vesentlig betalingsmislighold som berettiget Stensrud til å stanse arbeidene."

I neste avsnitt viser retten til at byggherren senere spesifiserte sitt krav på dagmulkt. Retten uttaler så:

"Vilkårene for stansning av arbeidene fra Stensruds side må fra det tidspunkt anses ikke lenger å ha vært til stede."

Dersom byggherren har et krav etter pkt. 29.3 som er spesifisert, og som dekker verdien av entreprenørens kontraktsbrudd, foreligger det intet betalingsmislighold til tross for at det forelå en gyldig faktura fra entreprenøren. Dersom det er holdt tilbake mer enn byggherren har krav på, men den urettmessige delen ikke kvalifiserer til vesentlig betalingsmislighold har entreprenøren kun krav på forsinkelsesrenter etter pkt. 30.1. Selv om entreprenøren har avsendt en gyldig faktura hvis forfallsdato har passert, bør han altså grundig vurdere eventuelle grunnlag byggherren påberoper for tilbakehold. Byggherren kan tenkes å fremholde flere grunnlag for sin rett etter pkt. 29.3. I tilfeller hvor slike tvister skal avgjøres ved domstolene, må retten ta stilling til flere vanskelige

spørsmål av rettslig og faktisk art. Foruten å vurdere det rettslige grunnlaget på begge sider, må retten ofte ta stilling til en rekke spørsmål knyttet til faktum.²⁷

Et eksempel på når en betalingstvist kan bli særlig problematisk, kan tenkes å være der partene er uenige om årsaken til en feil. Hva som er årsaken til feilen, er bestemmende for hvem av partene som bærer risikoen for den. Entreprenøren er av den oppfatning at forholdet skyldes feil i prosjekteringen som er utført av byggherrens folk. Byggherren mener imidlertid at feilen skyldes forhold hos entreprenøren, herunder at det er utført mangelfullt arbeid. Dersom byggherren har rett, kan han holde tilbake vederlaget inntil mangelen er utbedret, jf pkt. 29.3. Dersom byggherren tar feil er det han som bærer risikoen, og tilbakehold utgjør et betalingsmislighold. Entreprenøren kontakter kanskje en advokat for å få råd om han burde stanse. Det kan tenkes at årsaksspørsmålet krever en teknisk kompetanse, og dermed leies det inn sakkyndige fra begge parter for å få avgjort årsaksforholdet. Tvisten kan derfor bli tidkrevende og kostbar inntil forholdet er avklart eller løst på annen måte. Det gjelder å velge sin posisjon med omhu.

Den usikkerhet som skapes i forholdet mellom pkt. 30.2 og pkt. 29.3, kan vanskelig reduseres. Byggherrens tilbakeholdsrett tjener et viktig formål ved å yte press mot en entreprenør som ikke leverer kontraktsmessig. Retten følger av ytelse mot ytelse prinsippet. Byggherren vil neppe gå med på en avtale som gjør innhugg i pkt. 29.3. For å etterlate minst mulig tvil om kontraktens innhold må partene etterstrebe en felles forståelse av kontraktens innhold og kommunisere godt underveis. Det er selvfølgelig naivt å tro at man ved dette unngår uenigheter i omfattende prosjekter, men det kan forebygge unødvendige tvister. Utover dette er partene overlatt til å tolke kontrakten og på egen risiko innta sin posisjon. Her kan bemerkes at NS 8405 pkt. 28.1, tredje ledd fastslår at betaling ikke innebærer godkjenning av avdragsgrunnlaget. Byggherren kan fremme innsigelser mot grunnlaget selv om han betaler.

²⁷ Se LE-2001-624. Denne dommen omhandler forbrukerforhold, men gir et konkret eksempel på vurdering av byggherrens grunnlag for tilbakehold av betalingen.

3.3 Betalingsmislighold i forbindelse med endringsarbeid

3.3.1 Innledning

I forbindelse med endringsarbeider kan det dukke opp særskilte problemstillinger. Det mest sentrale tilfellet er der det er tale om en omtvistet endringsordre. Her har byggherren gitt entreprenøren en arbeidsinstruks som ikke er gitt i form av endringsordre.²⁸ Entreprenøren mener at arbeidet utgjør en endring, og har i tide varslet byggherren om sitt syn, se pkt. 23.2. Dersom arbeidet utgjør en endring vil entreprenøren kunne kreve vederlagsjustering, jf pkt. 25.2 (a). Byggherren mener imidlertid at arbeidet følger av kontrakten, og avviser kravet om endringsordre, jf pkt. 23.3, første ledd (b).

I andre tilfeller der byggherren har utstedt en endringsordre kan det tenkes at partene er uenige om vederlagskonsekvensene for endringsarbeidet. Entreprenøren mener han at kontrakten gir ham krav på større vederlag enn det byggherren innrømmer ham.

3.3.2 Utførelsesplikten setter forbud mot stansningsrett

I begge disse tilfellene vil det foreligge et betalingsmislighold dersom byggherren har tatt feil. Slikt betalingsmislighold gir imidlertid ikke grunnlag for stansningsrett etter NS 8405 pkt. 30.2. Forholdene må anses som særskilt regulert ved entreprenørens utførelsesplikt etter henholdsvis pkt. 23.1 jf. pkt. 26.1 og pkt. 22.3, tredje ledd. Disse bestemmelsene fastsetter en utførelsesplikt for entreprenøren selv om verdien av arbeidet er omtvistet. Det hadde ikke gitt god mening dersom entreprenøren i ettertid kunne stanse på grunn av betalingsmislighold, når han er pålagt å utføre selv om arbeidets verdi er omtvistet. Betalingsmislighold i forbindelse med endringsarbeid utgjør dermed et unntak fra stansningsrett etter pkt. 30.2. Stansning er forbudt i disse tilfellene. Det bør imidlertid nevnes at pkt. 26.1, tredje ledd angir en ytterligere spesialregulering. Der byggherren har avvist entreprenørens varsel om at arbeidet utgjør en endring, kan entreprenøren kreve at byggherren stiller sikkerhet for det omtvistede kravet. Dersom byggherren ikke stiller slik sikkerhet uten ugrunnet opphold:

²⁸ Se NS 8405 pkt. 22.1 og pkt. 22.3

"kan entreprenøren på egen risiko innstille utførelsen av det arbeidet tvisten gjelder."

Twister om betalingsmislighold i forbindelse med endringsarbeid blir ofte hengende i luften frem til sluttoppgjøret. For å søke å stoppe tvisten tidligst mulig kan partene be om en midlertidig avgjørelse. Etter pkt. 26.2 kan partene blant annet kreve at spørsmål om endringer og vederlagskonsekvensene av disse, blir avgjort av en såkalt oppmann etter pkt. 43.2. Ved om å be en oppmannsavgjørelse kan man få løst tvister underveis. Oppmannen skal være en nøytral part. Partene kan også gå til søksmål innen 6 måneder dersom de er uenige i avgjørelsen. Det kan være tidkrevende for partene å fremlegge dokumentasjon og bevis i saksforberedelsen, men oppmannsavgjørelse vil likevel være en billigere og raskere løsning enn et ordinært søksmål. I henhold til pkt. 43.2, fjerde ledd skal avgjørelsen foreligge 14 dager etter at saksforberedelsen er avsluttet. Avgjørelsen legger antageligvis ofte føringen for hvordan partene vurderer sitt standpunkt videre. For en entreprenør som ikke får betalt er det en fordel at denne muligheten finnes. Det følger av pkt. 43.2, tredje ledd at avgjørelsen skal begrunnes. Dersom partene slår seg til ro med avgjørelsen, kan arbeidet fortsette uten at slike tvister følger partene frem til sluttoppgjøret. For jurister er det nærliggende å innta det standpunkt at det i store og langvarige prosjekter er en fordel at partene kan kreve oppmannsavgjørelser. Ingeniører på byggherresiden kan oppleve at adgangen til å bruke oppmann åpner for tvister og papirarbeid, og at dette tar fokuset vekk fra det som bør prioriteres - å bygge ferdig.²⁹

4 Varslingsvilkåret

4.1 Innledning

Pkt. 30.2 krever at entreprenøren varsler byggherren før han iverksetter en stansning. På et overordnet nivå synes hensynene bak varslingsregler i entreprisekontraktene å være

²⁹ Se Kolrud (2010) s. 282-283

lojalitetsplikten og behovet for å etablere systemer for god prosjektorganisering. Entreprišekontraktene er ofte langvarige, omfattende og av utpreget dynamisk karakter. Disse forholdene antas å stille høye krav til lojalitet mellom partene. Varslingsplikter gjør at partene holdes underrettet om endringer og om hvilke krav som vil påberopes. Videre fremmes god organisering og oversikt ved å bruke standardens varslingsystem ved at beskjeder kommer frem, og blir avgitt og mottatt av dem som er gitt kompetanse til det.³⁰ Mer spesifikt synes hensynene bak stansningsvarselet å være tredelt. For det første kan varslingsgi byggherren en mulighet til å avverge stansning. Selv om stansningen ikke avverges, vil et varsel for det andre uansett forberede byggherren på stansningssituasjonen. Byggherren kan forsøke å planlegge hvordan andre aktører i prosjektet skal organiseres under stansningen og søke å begrense tap. Konsekvensene av en stansning er så alvorlige for prosjektet at et varsel om dette bør undergis en høy grad av høytidelighet. For det tredje vil tidsfristen angi et skjæringstidspunkt for når stansningen kan iverksettes. Varslingsvilkåret i pkt. 30.2 kan naturlig deles inn i flere krav. Det er hensiktsmessig å drøfte hvert krav for seg.

4.2 Innholdsmessige krav til varselet

Ordlyden i pkt. 30.2 forteller ikke noe om hva varselet må inneholde. Veiledning kan finnes ved å fastslå hva slags varsel dette er. Varselet er en meddelelse om at stansning vil iverksettes dersom byggherren ikke oppfyller innen en kort tilleggsfrist. Videre tilsier stansningens inngripende karakter at det må være klart hva det varsles om. Ettersom et av formålene med varselet er å gi byggherren mulighet til å oppfylle sin plikt, må det fremgå at betalingsplikten anses brutt, og det må henvises til hvilke/n faktura det gjelder. Videre må det uttrykkelig fremgå at stansning vil foretas dersom betalingsplikten ikke oppfylles innen tidsfristen. Ordlyden kan ikke etterlate noe tvil om at det er et varsel om stansning.

³⁰ Slik som Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 93

4.3 Krav til skriftlighet

Ordlyden i pkt. 30.2 fastslår uttrykkelig at varselet skal være skriftlig.

Skriftlighetskravet oppfordrer til en formell kommunikasjon mellom partene.

Skriftlighet kan bidra til at det er lett for begge parter å holde oversikt over hvilke handlinger som utføres fra begge sider. Skriftlighet er også viktig i bevisøyemed der det oppstår tvist mellom partene. Formalitet kan også tenkes å skjerpe profesjonaliteten mellom partene, og at de tenker seg grundig om før de varsler om å benytte seg av alvorlige sanksjoner som gjør en betent situasjon verre. Skriftlighetskravet følger også av kontraktens generelle varslingsbestemmelse i pkt. 8. Denne lyder som følger:

"Alle varsler og krav og svar på disse som skal meddeles etter bestemmelsene i kontrakten, skal fremsettes skriftlig til partenes representanter, jf pkt 6, eller til avtalte adresser."

Varsel i brevform oppfyller skriftlighetskravet. Et brev kan sendes per post eller leveres ved bud. Det er også antatt at varsler gitt på telefaks må godtas dersom det er sendt til et nummer som sikrer at det kommer frem til partsrepresentanten.³¹ Bruk av telefaks forutsetter dermed at entreprenøren på forhånd har fått oppgitt riktig nummer til partsrepresentanten.³² Det er praktisk relevant å se hen til om andre varslingsformer oppfyller skriftlighetskravet. I pkt. 8, annet ledd gis det noen presiseringer med hensyn til dette:

"Varsel og krav som er innført i referatet ført etter 7.1, regnes som skriftlig. Varsel og krav gitt ved elektronisk kommunikasjon regnes bare som skriftlig dersom dette er avtalt."

Pkt. 7.1, første ledd krever at det skal avholdes byggemøter mellom partene. Fjerde ledd bestemmer at det skal føres referat fra disse møtene. Dersom stansningsvarsel er innført i referat fra byggemøte, vil kravet om skriftlig varsel være oppfylt.

³¹ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 92. Se også LG-2003-19550 hvor stansningsvarsel var sendt på telefaks.

³² Slik som Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 92

Elektronisk kommunikasjon vil være en praktisk måte å varsle på. Dersom varselet er gitt ved e-post uten at slik kommunikasjon er avtalt som gyldig varslingsform, kan byggherren gjøre gjeldende at varslingskravet ikke er oppfylt. En særskilt avtale om elektronisk kommunikasjon som varslingsform, må tolkes i tråd med alminnelige avtalerettslige prinsipper. Det er antatt at det skal lite til for å anse avtale om dette for inngått eller eventuelt etablert ved konkludent atferd.³³ Dette gjelder nok først og fremst for de varsler som skal avgis for å bevare allerede oppståtte krav. For varsling om stansning er varselet i seg selv et vilkår for stansningsrett. Dette varselet skiller seg dermed vesentlig fra andre varslingsbestemmelser. Det kan vanskelig tenkes at det er etablert en annen praksis for det varsel som må avgis etter pkt. 30.2, ettersom slike vanligvis ikke avgis flere ganger i løpet av kontraktsforholdet. Se 4.6 om unntak for varslingsvilkåret.

4.4 Krav til rett adressat

Varsel skal gis av avgivers representant til den andre partens representant eller til avtalte adresser, jf pkt. 8. Pkt. 6 fastslår at begge parter skal utpeke en person som er deres representant. Det vil være denne som håndterer alle kontraktsmessige forhold, så fremt ikke annet er

"skriftlig meddelt den andre parten".

Krav til skriftlighet og at varsel gis til en bestemt representant kan være avgjørende for å holde kontroll over de viktigste hendelsene i prosjektet. Stansningsvarsel må gis en viss høytidelighet så de ikke forsvinner i et stort omfang av muntlige beskjeder og økende dokumenttilfang. Utgangspunktet må være at varsel sendt til annen enn representanten eller til eventuell avtalt adresse må anses som usendt. I LB-2002-1295 var et av tvistetemaene entreprenørens krav på dekning av merutgifter. NS 3431 var vedtatt som del av kontraktsgrunnlaget mellom partene. Varlene for dekning av utgifter var i all hovedsak sendt til formenn på byggeplassen, mens rett adressat for

³³ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 93

slike varsler var anleggslederen. Retten anså ikke kravet som prekludert fordi det ikke var grunnlag for å anta at varslene ikke hadde blitt videreformidlet til anleggsleder. Marthinussen³⁴ kommenterer denne avgjørelsen, og fremholder at en slik praksis fra domstolene er uheldig. Det fremholdes at retten dermed anser varslingsbestemmelser som bevisspørsmål og ikke rettsspørsmål, og at det uthuler varslingssystemet.³⁵

Et annet hensyn her er at tidsfristen kun er på 24 timer, se 4.5. Den korte tidsfristen tilsier at kravet til rett adressat må være oppfylt for at formålene³⁶ skal ha noe realitet.

4.5 Tidsfristen

Før en stansning iverksettes må det ha gått 24 timer siden byggherren mottok varselet. Uten en tidsfrist kunne det tenkes at entreprenøren iverksatte stansningen umiddelbart etter avgitt varsel. I slike tilfeller ville formålene om byggherrens muligheter til å avverge stansningen, og til å forebygge konsekvensene, ikke hatt noen realitet. 24 timer er imidlertid en relativt kort frist i forhold til hvor krevende det kan være å unngå en stansning eller å begrense konsekvensene av den. Dersom entreprenøren velger å stanse etter kun 24 timer fra varselet er mottatt kan det fremholdes at byggherren heller ikke da har noen reell mulighet til å avverge stansning eller å forberede resten av prosjektet på konsekvensene av stansningen.

Det er nærliggende å se den korte fristen på bakgrunn av vesentlighetskriteriet. Vesentlighetskravet kompenseres ved en kort tidsfrist. Det er dessuten byggherren som har vesentlig misligholdt betalingsplikten, og han har inntil dette tidspunkt hatt tid til å oppfylle. Bestemmelsen forteller ikke hvordan tidsfristen nærmere skal vurderes. Det antas at fristen beregnes fra det tidspunkt varselet må regnes å ha kommet frem til byggherrens representant.³⁷

³⁴ Når det i teksten refereres til "Marthinussen" menes Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010).

³⁵ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 472-473

³⁶ Se innledningen i 4.1 om hensynene bak stansningsvarselet

³⁷ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 473

I LG-2003-19550 var stansningshjemmelen NS 3430 pkt. 36 som også inneholdt en varslingsfrist på 24 timer. Entreprenøren varslet per telefaks 14. januar 2002 om at stansning ville bli foretatt dersom skyldig beløp ikke ble betalt innen 15 s. m. Da betalingen uteble, ble stansning iverksatt 16. januar. Retten la til grunn at varslingsfristen var overholdt.

I lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven) er det bestemmelser om tidsfrister for meddelelser. Disse kan være et forbilde for fristberegningen etter pkt. 30.2. Domstolloven § 148 bestemmer at ved beregning av frister som er bestemt i dager, telles ikke med den dag da fristen begynner å løpe. Dette kan ha overføringsverdi for fristen på 24 timer i pkt. 30.2. Det er usikkert hva som er riktig å falle ned på. Hensynet til formålene for stansningsvarselet tilsier at fristen først beregnes fra dagen etter at varselet er mottatt. Etter dette legges til grunn at fristen regnes fra dagen etter varselet er mottatt.

Hvilken dag varselet må anses mottatt kan variere med hensyn til måten det varsles på. Ved varsel i brevform vil budleveranse hvor mottaker må kvittere for mottatt post gi et godt grunnlag for å vurdere når fristen begynner å løpe. På denne måten kan entreprenøren få kunnskap om når rett person har mottatt varselet. Ved vanlig postgang kan det være vanskelig å beregne et presist tidspunkt for når varselet må anses mottatt. Ved varsel på telefaks er det rimelig å legge til grunn at varselet mottas samme dag, så fremt det sendes innenfor normal arbeidstid. Der partene har avtalt at varsel kan gis i e-post må det antas at representanten leser e-post daglig når slik varslingsform er avtalt.

På grunn av den korte fristen er det av vesentlig betydning *hvilke*³⁸ dager fristen løper. Ordlyden er taus på dette punkt. Dette kunne vært klarere angitt.³⁹ Utenfor byggherrens arbeidstid er det ikke rimelig å legge til grunn at varselet har kommet frem til ham. Fristen må være reell for at formålene med varselet skal oppfylles. Utgangspunktet må derfor være at fristen løper innenfor normal arbeidstid fra mandag til fredag. Igjen kan

³⁸ Min utheving

³⁹ Se til sammenligning den danske standarden AB 92 § 23 som taler om "*arbejdsdage*"

det vises til domstolloven. § 149 bestemmer hvilke dager fristen (for meddelelser etter denne loven), skal løpe. Bestemmelsen lyder som følger:

"Ender en frist paa en lørdag, helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag forlenges fristen til den nærmest følgende virkedag.

Er fristen fastsatt i timer, reknes ikke helgedager og dager som etter lovgivningen er likestilt helgedager, med i dens løp."

Marthinussen fremholder at varselet må sendes før arbeidstidens slutt på torsdag dersom entreprenøren vil stanse fra og med mandag i påfølgende uke.⁴⁰

Etter dette legges det til grunn at fristen beregnes fra dagen etter varselet er mottatt, og at helgedager ikke regnes med i fristberegningen.

Et annet spørsmål er hva som er fristavbrytende. Det kan variere hvor raskt et beløp overføres fra en konto til en annen. Er det nok at byggherres konto er belastet eller må beløpet ha kommet inn på entreprenørens konto? For at det skal være noe realitet i tidsfristen må det være tilstrekkelig at byggherrens konto er belastet innen 24 timer, selv om beløpet kommer inn på entreprenørens konto noe senere. Det beste vil da være om byggherren kan sende en kopi per faks eller e-post av kvittering på kontobelastning til entreprenøren innen fristen. Videre er det et spørsmål hvilket beløp som er fristavbrytende. Dersom byggherren betaler et mindre beløp enn det entreprenøren har krav på⁴¹, vil det foreligge et betalingsmislighold. Hvorvidt den delvise betaling er fristavbrytende i forhold til pkt. 30.2, beror på om det resterende beløp som er urettmessig tilbakeholdt utgjør vesentlig betalingsmislighold. For vurdering av hva som gjør et betalingsmislighold "vesentlig" vises det til kapittel 5.

I de fleste tilfeller har entreprenøren purret på betalingen, og det vil foreligge en tvist vedrørende betaling. Men der entreprenøren har latt være å purre på betalingen, kan det

⁴⁰ Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 473

⁴¹ Jf kapittel 3; om hva som utgjør betalingsmislighold

stilles spørsmål om kravene til god forretningsskikk og lojalitet tilsier at muligheten for å benytte stansningsretten bør være tatt opp mer uttrykkelig før byggherren presses til å oppfylle innen den korte fristen. Lojalitetsplikten og samarbeidsplikten tilsier at man skal søke å løse problemer på minnelig måte og å holde medkontrahenten orientert. Det er imidlertid ikke noe i varslingsvilkårene som stiller krav om at entreprenøren må "varsle før varselet". Slikt krav kan derfor ikke oppstilles.

4.6 Kan det tenkes unntak fra varslingsvilkåret?

Ordlyden i pkt. 30.2 er klar og gir ingen holdepunkter for at man skal kunne fravike varslingsvilkåret. I rettspraksis har det forekommet at man har sett bort fra strenge varslingsvilkår. Eksemplene fra rettspraksis har omhandlet varsling for å bevare erstatningskrav, krav på merutgifter og vederlagskrav for endringsarbeid.⁴² Dette har ført til at krav likevel ikke har blitt prekludert til tross for manglende varsling.

Grunnlaget for å se bort fra varslingsvilkåret har vært at partene har hatt en entydig praksis hvor standardens regler ikke er fulgt. Ved avgjørelsen om unntak kan gjøres, må det tas utgangspunkt i den spesielle varslingsbestemmelse som er oppe til vurdering.⁴³ Avgjørelsen må baseres på hensynene som gjør seg gjeldende i forhold til den spesielle bestemmelse og til de konkrete forhold som foreligger.

På denne bakgrunn fremheves at stansningsvarselet skiller seg vesentlig fra eksemplene som er angitt over. Varslingsvilkåret i pkt. 30.2 utgjør del av grunnlaget for å oppnå stansningsrett. De unntakene som finnes i rettspraksis har omhandlet varsling for å bevare krav som allerede har oppstått. Utgangspunktet for disse er at *retten til å opprettholde og påberope kravet*⁴⁴ avskjæres ved manglende varsling. En rett til å stanse arbeidet oppstår ikke uten at det er varslet på forhånd.⁴⁵ Denne forskjellen medfører at hensynene som ellers gjør seg gjeldende for unntak, ikke kan påberopes ved

⁴² Se eksempelvis LG-2000-461, LB-2002-1295, LB-2008-33181

⁴³ Se Marthinussen og Giverholt (2010) s. 305-306

⁴⁴ Min utheving

⁴⁵ Jf begrunnelsen i innledningen i 4.1: om de særskilte hensyn for varslingsvilkåret i pkt. 30.2

manglende varsling av stansning. På denne bakgrunn er oppfyllelse av varslingsvilkåret i pkt. 30.2 et absolutt krav for å utøve stansningsrett.⁴⁶

5 Vesentlighetsvilkåret

5.1 Innledning

Når betalingsmislighold er konstatert, må det videre vurderes om misligholdet er "*vesentlig*". Et betalingsmislighold som ikke er vesentlig gir ingen stansningsrett etter pkt. 30.2. Stansning rammer byggherren hardt og proporsjonalitetskravet er søkt ivarettatt i vesentlighetskriteriet.⁴⁷ Det må altså foretas en to - trinns vurdering av byggherrens manglende overholdelse av betalingsplikten. Vesentligkriteriet tilsier at betalingsmisligholdet må utgjøre et betydelig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. Det er altså graden av avviket som står sentralt i vesentlighetsvurderingen. Hvor stort avviket må være er et spørsmål om hvor terskelen for hva som er "*vesentlig*" ligger.

5.2 Terskelen i vesentlighetsvilkåret

Stansningsretten ble tidligere hjemlet i entreprenørens rett til å heve avtalen. Hevningsretten oppstiller et strengt vesentlighetskrav. I Rt-1978-1157 tok retten utgangspunkt i hevningsbestemmelsen i "byggherrestandarden" for å fastlegge vurderingstema for stansningsretten. Høyesterett viste til at hevningsbestemmelsen regulerte entreprenørens adgang til å heve avtalen ved byggherrens vesentlig betalingsmislighold. Innholdet i denne bestemmelsen la så premissene for vurderingen av om to tilfeller av arbeidsstans hadde vært uberettiget. Retten fant at i det ene av de to tilfeller hadde entreprenørens stansning av arbeidet vært berettiget.

I dommen ble det vist til Sandvik sin kommentar til NS 3401.⁴⁸ Sandvik påpeker at en stansning av arbeidet er en mindre inngripende reaksjon enn hevning, og at det taler for

⁴⁶ Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 472

⁴⁷ Se over, i 2.3.

⁴⁸ Sandvik (1977) s. 263

at vilkårene for å stanse arbeidet er mindre strenge enn hevningsvilkårene. Sandvik viser så imidlertid til en voldgiftsdom av 1971, og at stansningsretten der ble ansett hjemlet i hevningsbestemmelsen i NS 401 A pkt. 24.2 a). Videre fremheves at i finske vilkår fremtrer retten til å stanse som et sideordnet alternativ til hevningsretten. Etter dette måtte utgangspunktet i følge Sandvik, være at entreprenørens stansningsrett måtte anses undergitt samme vilkår som hevningsretten.⁴⁹ Voldgiftsavgjørelser og finske vilkår vektla hensynet til at stansningsretten har en svært inngripende karakter. Dette veide tyngre enn hensynet til at stansningsrett er noe mindre enn hevning og stansningsretten ble dermed sidestilt med hevningsretten.

I avgjørelsen inntatt i LF-1993-84 var kontraktsgrunnlaget NS 3401. Saken gjaldt en totalentreprise og et av spørsmålene var som nevnt om entreprenørens stansning hadde vært berettiget. Etter å ha konstatert at det ikke forelå betalingsmislighold, vurderte retten om forsinket garantistillelse fra byggherren hjemlet stansningen. Her ble det også vist til Sandvik. Retten uttalte at

"Byggestans forutsetter hevningsrett, jf Tore Sandvik "Kommentar til NS 3401 (1977) 263 og NS 3401 pkt 26.2. Kravet er at det foreligger vesentlig betalingsmislighold for andre kontraktsforpliktelser enn betaling av forfalte beløp. Selvstendig stansningsrett er bare hjemlet i den senere NS 3430 pkt 36, ved vesentlig betalingsmislighold. Det kan ikke være tvil om at også manglende sikkerhetsstillelse hos byggherren kan representere vesentlig mislighold og derfor gi grunnlag for heving - se Tore Sandvik "Kommentar til NS 3401" (1977) 260."

At stansningsrett forutsatte hevningsgrunnlag var ikke noe nytt i forhold til vurdering etter NS 3401. Det som imidlertid er interessant er hvordan retten viser til NS 3430 pkt. 36. Rettens formulering om at en selvstendig stansningsrett bare er hjemlet i NS 3430 kan tas til inntekt for at stansningsretten etter NS 3430 og NS 8405 må vurderes annerledes enn etter NS 3401. Når retten taler om en selvstendig stansningsrett, taler dette for at vi ikke er bundet av hevningsretten ved avgjørelse av stansningsrett etter NS

⁴⁹ Se Sandvik (1977) s. 263-264

3430 pkt. 36 og NS 8405 pkt. 30.2. Dersom meningen var at stansningsretten skulle være et sideordnet alternativ til hevning, hadde det vært mer naturlig å plassere stansningsretten i selve hevningsbestemmelsen. Dette er faktisk gjort i den forenklede versjon av NS 8405; NS 8406 (2009), i dennes pkt. 29. Bestemmelsene står imidlertid i hvert sitt underpunkt og ordlyden er forskjellig for hevning og stansning. NS 8405 pkt. 30.2 gir et selvstendig rettslig grunnlag for stansningsretten. Dette taler for at kravet til hevningsgrunnlag ikke lenger opprettholdes, herunder at terskelen for å innrømme stansningsrett er lavere enn terskelen for å heve.

Det som er nevnt hittil tyder på at det har skjedd en utvikling av stansningsrettens innhold. Likevel finnes det eksempler fra rettspraksis og teori på at hevningstilknytningen har blitt opprettholdt. Et eksempel kan hentes fra LF-1998-483. Kontraktsgrunnlaget i saken var basert på NS 3430. Et av spørsmålene i saken var om byggherren hadde vesentlig misligholdt sin betalingsplikt. Retten uttalte i forbindelse med stansningsvurderingen etter pkt. 36 at

"Det bemerkes at stansning er en så drastisk reaksjon at det stilles samme krav til stansningsgrunn som til grunnlag for hevning".

Retten uttaler ikke noe i denne forbindelse om at innholdet i stansningsretten kan ha endret seg etter at det ble vedtatt en egen bestemmelse om dette i NS 3430. I LG-2000-461 uttaler retten at den

"bemerker imidlertid at entreprenørens stansningsrett er betinget av at det foreligger et vesentlig betalingsmislighold, jf NS 3430 pkt 36. Selv om stansning er en mildere reaksjon enn hevning, stilles det altså samme krav til stansningsgrunn som grunnlag for hevning, jf Kolrud, Kommentarer til NS 3430 s 348."

Kolrud ser ut til å fastholde synspunktet om at stansning krever hevningsrett også etter NS 8405.⁵⁰ Han utdyper ikke hva som ligger i kravet om at stansning forutsetter hevningsrett. Kolrud fremholder at

*"Entreprenøren kan erklære hevning i den periode arbeidene er stanset. Da betalingsmisligholdet ved stansningen forutsetningsvis er vesentlig, vil entreprenøren ha valget mellom hevning eller fortsatt stansning."*⁵¹

Det virker som om Kolrud mener at *vesentlig* betyr det samme i de ulike bestemmelsene. Ved hevningsvurderingen vil et kontraktsbrudd være vesentlig dersom det gir rimelig grunn for

*"å si seg løst fra kontrakten".*⁵²

Ved en stansning er det ikke tale om å si seg løs fra kontrakten. Denne forskjellen bør øve innflytelse på innholdet i vesentlighetskravet for de to ulike situasjoner. Andre steder i kontraktsretten er det eksempler på at terskelen i et vesentlighetskrav vurderes forskjellig alt ettersom hvilken sammenheng det anvendes i. Et eksempel kan hentes fra kontrakter der det er inntatt en såkalt "as is"-klausul. Etter lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) 3. juli 1992 nr. 93 § 3-9, annet punktum har også en eiendom som er solgt "*som han er*" en mangel dersom den er i

"vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å regne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles".

Etter § 4-13 kan kjøper heve avtalen dersom mangelen innebærer

"eit vesentleg avtalebrot".

⁵⁰ Kolrud mfl (2004) s. 356

⁵¹ Kolrud mfl (2004) s. 356

⁵² Se eksempelvis Rt-2010-967-A i premiss 42 og Rt-1999-408 s. 421

Ut fra sammenhengen mellom disse bestemmelsene må det være en lavere terskel for at eiendommen er i "vesentlig" dårligere stand etter § 3-9, annet punktum enn for at mangelen utgjør "vesentlig" kontraktsbrudd etter § 4-13.⁵³ Rt-2007-1587 gjaldt selgers krav på erstatning etter kjøpers hevning av leilighetskjøp. Retten kom til at det forelå mangel etter avhendingslova § 3-9, se premissene 45-47 i dommen. Hevningsrett forelå imidlertid ikke. I premiss 53 uttaler retten følgende:

"Vesentlighetskriteriet etter § 4-13 er et strengere kriterium enn vesentlighetskriteriet i § 3-9, som jeg under tvil har ansett oppfylt."

Foruten å inneholde et vesentlighetskrav, oppstiller pkt. 30.2 et krav om det må være "klart" at betalingsmislighold vil inntre ved stansning på grunnlag av forventet betalingsmislighold. I alminnelig kontraktsrett er det vanlig å oppstille "klarhetskravet" som grunnlag for å heve.⁵⁴ Etter lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27 § 61 krever en innstilling av arbeidet at det må "fremgå" at mislighold vil skje, mens hevning etter § 62 krever at det må være "klart". Det er fremholdt⁵⁵ at beviskravene etter klarhetskravet i § 62 er strengere enn etter "fremgå"-vilkåret i § 61. Det antas likevel at bruken av klarhetskravet ikke er avgjørende for terskelen i vesentlighetskriteriet i pkt. 30.2.

Forøvrig er ordlyden ellers i pkt. 30.2 og i pkt. 39 ikke den samme. Punkt 39.1 bestemmer innledningsvis:

"En part kan heve kontrakten dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser."

Ordlyden henviser til en bred vurdering hvor alle typer mislighold kan vektlegges. Pkt. 30.2 nevner bare betalingsmislighold som gyldig stansningsgrunnlag. Vurdering av hevningsrett for entreprenøren vil riktignok sjeldent komme på tale uten at det

⁵³ Slik som Benestad Anderssen (2008) s. 181

⁵⁴ Dette er også gjort i hevningsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 39

⁵⁵ Se Hagstrøm (2003) s. 589

foreligger et vesentlig betalingsmislighold. Ordlyden åpner likevel for at flere forhold på byggherres side kan komme i betraktning. Da stansningsretten ble hjemlet i hevningsbestemmelsen kunne det foretas en bredere vurdering ettersom flere forhold kunne vektlegges. Dersom samme terskel for hva som er "vesentlig" opprettholdes når vurderingsgrunnlaget er snevret inn, er det fare for at stansningsretten blir underlagt strengere vilkår enn tidligere. Det foreligger ikke holdepunkter for at stansningsretten etter NS 8405 skal innebære strengere vilkår enn tidligere.

Varslingsfristen for de to beføyelsene er også forskjellig. Punkt 30.2 oppstiller en frist på 24 timer, mens pkt. 39.1, tredje avsnitt bestemmer blant annet at:

"Hvis entreprenøren ønsker å heve som følge av vesentlig betalingsmislighold eller som følge av manglende sikkerhetsstillelse, skal en frist på 7 dager normalt anses som rimelig."

Den kortere tidsfristen for stansningsrett taler for at terskelen for å stanse arbeidet er lavere enn for å heve.

Avviket i ordlyden og konsekvensene av beføyelsene tilsier at vi har å gjøre med to selvstendige betydninger av vesentlighetsvilkåret. Når man ser hen til forskjellen i konsekvensene av å benytte den ene eller annen beføyelse er det grunn til ikke å betrakte dem som sideordnede alternativer.⁵⁶ Begrunnelsen for at entreprenørens stansningsrett tidligere ble hjemlet i hevningsretten var manglende selvstendig hjemmel og stansningens inngripende karakter. Dens inngripende karakter er et forhold som er gjentatt i rettspraksis og i teorien. Det savnes imidlertid en nærmere distinksjon mellom beføyelsene. Ved stansning skal arbeidet opptas så snart det ikke lenger foreligger et vesentlig betalingsmislighold. Hevning er endelig og konsekvensene er mer omfattende fordi entreprenøren skal ut av prosjektet, oppgjør skal skje og en ny entreprenør må engasjeres for å få ferdigstilt bygget. Selv om stansning i blant vil være forstadiet til en hevning, er stansningen i seg selv en midlertidig reaksjon. Det gir mening å ha et trappetrinnsystem, hvor reaksjonen blir strengere jo mer inngripende misligholdet er.

⁵⁶ Slik som uttalt av retten i LE-1995-2038; dommen omtales nærmere under 5.4.

Utøvelse av beføyelsene medfører ulik grad av inngripelse, og derfor bør de ikke undergis like strenge vilkår. Det er hensiktsmessig at entreprenøren har et pressmiddel som ikke krever at situasjonen mellom partene har blitt nærmest for håpløs til å fortsette. Ellers i kontraktsretten synes det å være et mål i seg selv å skille mellom ulike beføyelser. Det ses hen til beføyelsenes konsekvenser, og alvorlighetsgraden graderes for å finne et passende virkemiddel mot det mislighold som er påført. I en hevningssvurdering, er det som utgangspunkt relevant å se hen til om det finnes alternative, mindre inngripende beføyelser som kan tale mot å innrømme heving.⁵⁷

Videre er det et kontraktsmessig hensyn å søke gjensidighet og balanse mellom partene. Det er viktig å minne om den eksponering entreprenøren til enhver tid er utsatt for, og at det ikke finnes alternative beføyelser for å fremtvinge betaling. Med entreprenørens eksponering siktes til at entreprenøren utfører arbeid før han får krav på betaling, jf pkt. 28.1, første og andre ledd, jf pkt 29.1, og at han er forpliktet til å utføre omtvistede endringsordre. Her bør også nevnes pkt. 28.1, fjerde ledd som bestemmer at

*"Det skal trekkes 10 % av avdragsgrunnlaget for avdragsfakturaene.
Restbeløpet utgjør fakturabeløpet. ..."*

Fradraget kalles "innestående".⁵⁸ Det fremgår videre av ordlyden at først når samlet innestående tilsvarer 5 % av kontraktsummen kan entreprenøren fakturere hele avdragssummen. Innestående beløp faktureres i sluttoppgjøret, jf pkt. 33.1, tredje ledd.⁵⁹ Innestående er en sikkerhet for byggherren ved siden av entreprenørens garantistillelse etter pkt. 9.2.⁶⁰ Påslaget på kontrakten er normalt heller ikke spesielt høyt etter å ha nådd til topps i en anbudskonkurranse. På denne bakgrunn virker det ubalansert at stansingsretten er betinget av hevingsterskel. Til tross for den eksponering entreprenøren er utsatt for, innrømmes han ikke et effektivt sanksjonsmiddel mot det betalingsmislighold han er utsatt for.

⁵⁷ Se eksempelvis Rt-1999-408 s. 421

⁵⁸ Se ordlyden, Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 443-444

⁵⁹ Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 444

⁶⁰ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 443

Ved blikk på nyere rettspraksis ser det ut til at stansningsretten ikke lenger betinges av hevningsgrunnlag. Med hensyn til det som hittil er sagt, og med støtte i LG-2003-19550 er det grunn til å fastslå at vesentlighetskravet bedømmes mindre strengt enn tidligere. I sistnevnte sak ble det foretatt en vurdering av entreprenørens rett til å stanse arbeidene. En stansningsrett i dette kontraktsforholdet fulgte av NS 3430 pkt. 36. Retten konstaterte at fristen på 24 timer etter varslings var overholdt. Retten fant at det utvilsomt forelå et betalingsmislighold etter at det fant sannsynliggjort at entreprenøren hadde utestående kr 412 818 hos byggherren. I tillegg ble misligholdet betraktet som vesentlig. Kontraktsummen var eksklusiv mva på kr 2 583 000. Foruten å vektlegge beløpets størrelse, så retten hen til at byggherren hadde betalt avdragsnota nr 1 og 2 etter forfall, i tillegg til at de hadde holdt tilbake avdragsnota nr 6 som pressmiddel for å få entreprenøren til å oppføre en mur som sistnevnte ikke var kontraktsmessig forpliktet til å bygge. Retten nevner ikke noe om at det kreves hevningsgrunnlag for å kunne stanse. Det ser ut til at retten foretar en selvstendig vurdering av hva som utgjør vesentlig betalingsmislighold som grunnlag for å stanse. Entreprenøren hadde så også hevet kontrakten. Når retten avgjør om hevningsrett forelå, trekkes det ikke en automatisk konklusjon om hevningsrett på grunn av stansningsrett. Dette kunne den gjort hvis den mente at stansning krevde hevningsgrunn. Det slås fast at foruten betalingsmisligholdet, kan også andre forhold hos byggherren tillegges vekt i hevningsvurderingen. Retten fremholder at byggherren kunne bebreides for manglende byggeledelse og unnlatt å gi tilbakemelding på henvendelser fra entreprenøren. Et annet moment var at byggherren urettmessig hadde forsøkt å få entreprenøren til å utføre et

"betydelig arbeide- muren mot Hjeltestadvegen - som ikke inngikk i kontrakten".

I tillegg hadde ikke byggherren stilt sikkerhet selv etter at entreprenøren hadde etterlyst dette flere ganger.

I dommen fremstår avgjørelsene av henholdsvis stansningsrett og hevningsrett som selvstendige vurderinger. Det uttales ikke at stansningsrett betinges av at det foreligger hevningsgrunn slik vi har sett i eksempler fra tidligere domsmateriale.

Heller ikke i Eidsivating lagmannsretts dom av 22.10.2003 (sak nr. 03-83 ASI-ELAG)⁶¹ eller i LB-2008-33181⁶² ser det ut til at stansningsrett er betinget av hevningsgrunnlag. Avgjørelsene er knyttet til NS 3430, men de samme betraktninger gjør seg gjeldende for NS 8405.

I kommentaren til NS 8405 argumenterer Marthinussen⁶³ for at det stilles mildere krav til stansningsgrunn enn til hevning.⁶⁴ Det vises til Sandviks kommentarutgave til NS 3401 s 263 flg hvor det fremheves at stansning er en mindre inngripende sanksjon enn hevning og til at forskjellen i tidsfristen taler for en lavere terskel ved stansning.

Konklusjonen må etter dette være at vesentlighetskriteriet i pkt. 30.2 er underlagt en lavere terskel enn vesentlighetskriteriet i pkt. 39.

5.3 Momenter i vesentlighetsvurderingen

5.3.1 Kort om vurderingsstrukturen

På bakgrunn av rettspraksis og teori om stansningsretten, og ordlyden i NS 8405 pkt. 30.2, er det grunn til å anta at vurderingsstrukturen for vesentlighetsvurderingen er den samme som ved hevning, men med en lavere terskel. Det følger av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper at vesentlighetsvurderingen må være en samlet vurdering av de relevante momenter som gjør seg gjeldende i det konkrete forhold.⁶⁵ Den skjønnsmessige avveining som skal foretas, gjør at det er vanskelig å si noe generelt om vekten av hvert enkelt moment. Noen forhold vil imidlertid på et mer generelt plan være mer betydningsfulle enn andre og derfor gjennomgående få en større vekt. Hvilke momenter som generelt vil ha mer betydning enn andre vil fremgå av teksten under.

⁶¹ Se nærmere omtale av dommen under, i 5.3.9

⁶² Se nærmere omtale av dommen over, i 3.2

⁶³ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s 473-474

⁶⁴ Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2007) s. 468 og s. 472 og Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2006) s. 474

⁶⁵ Se Rt-1998-1510 s. 1518, Se Rt-1999-408 s. 417, Se ot.prp nr.66 (1990-1991) s. 120

Både objektive og mer subjektive forhold kan få betydning for vesentlighetsvurderingen.

5.3.2 Det objektive avvik: Beløp og tid

Beløpets størrelse og misligholdets varighet er forhold som fastslår det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse av betalingsplikten. Vekten av det objektive avviket vil avhenge av hvor stort det er og av hvilke andre forhold som foreligger. Det fremgår imidlertid av Høyesterettspraksis at det objektive avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse, er utgangspunktet og det sentrale moment for å avgjøre om misligholdet er vesentlig.⁶⁶ Desto større beløp som holdes tilbake og jo lenger misligholdet varer, desto hardere rammes entreprenøren av betalingsmisligholdet.

I LH-2004-24252 var det NS 3430 som gjaldt mellom partene. Retten fant at da entreprenøren sendte varsel om stans den 6. mars, var vilkårene for å utøve stansningsrett oppfylt. De forhold som ble vist til var at byggherren til da flere ganger hadde betalt fakturaer for sent, at sikkerhet var stilt for sent, og at entreprenøren var kjent med at byggherrens økonomiske stilling ikke var god. Videre var det to forfalte fakturaer på totalt kr 89 751. I tillegg hadde entreprenøren to fakturaer til gode på til sammen kr 96 806 som hadde forfallsdato 23. og 24. mars. Retten fant imidlertid at vilkårene for stansning ikke lenger var oppfylt da den største regningen på kr 74 400 ble betalt 10. mars. Kontraktsummen var kr 1 00 5726.

I LG-2003-19550⁶⁷ nevner lagmannsretten at den finner det misligholdte beløp sannsynliggjort til å være kr 412818. Kontraktsummen eksklusive mva var 2 583 000. Retten slår fast at misligholdet var vesentlig. Det forelå også andre forhold, men det virker som om beløpets størrelse var det sentrale for vesentlighetsvurderingen.

Det er ganske opplagt at beløpets størrelse er relevant for vurderingen av vesentlighetskravet. Retten uttaler imidlertid ikke i noen av de to sakene hvordan den

⁶⁶ Se Rt.1998-1510 s. 1518 og Rt-2010-967-A, premiss 50

⁶⁷ Se nærmere omtale av dommen over, i 5.2

vurderer beløpene ved for eksempel å gi en angivelse av et prosentintervall i forhold til hvor grensen går.

Det kan være grunn til å vurdere det misligholdte beløpets størrelse isolert sett, men også dets forhold til total kontraktssum.⁶⁸ Det kan tenkes at et beløp regnes som betydelig i den aktuelle sammenheng dersom det utgjør en stor del av total kontraktssum, selv om det isolert sett ikke er så stort. Sjongleringen mellom hensynet til byggherrens interesse i kontraktsmessig fremdrift og hensynet til entreprenørens interesse i betaling og til hans likviditet gjenspeiles her. Opp til et visst punkt forventes det at entreprenøren har tilstrekkelig økonomisk trygghet til å tåle betalingssvikt. Over dette punktet, skal han innrømmes en stansningsrett uavhengig av om han faktisk har økonomisk styrke til å fortsette arbeidet eller ikke. Hensynet til at entreprenørens likviditet ikke svekkes vesentlig grunnet byggherrens forhold vurderes objektivt. En dårlig stilt entreprenør skal ikke ha noe lettere for å gripe til stansningsretten enn andre som er bedre stilt økonomisk. Entreprenørens økonomiske evne til å gjennomføre arbeidene som planlagt, vil uansett ofte avhenge av at han får betalt som forutsatt. En annen side av dette er at der det misligholdte beløp er for lite til at det er rimelig å regne med at det virker inn på entreprenørens evne til å fortsette arbeidene er et forhold som taler mot at misligholdet er vesentlig.

Når betydningen av det objektive avvik for terskelen vurderes, må hensynet til entreprenørens eksponering antas å stå sentralt. Det forhold at entreprenøren er utsatt for utlegg taler for at det ikke bør kreves for mye av størrelsen av det misligholdte beløp. I tillegg til at avdragsbetalinger forfaller etter utført arbeid, jf pkt. 28.1 (1) jf (2), er entreprenøren eksponert for betalingsmislighold i forbindelse med endringsarbeid som ikke kan regnes med i stansningsgrunnlaget, jf det som er sagt under 3.2. Dette taler for at entreprenøren ikke skal måtte tåle mye med hensyn til det misligholdte beløpets størrelse.

Entreprenørens eksponering bør også påvirke hvordan vi vurderer tidsavvikets betydning for terskelen. Når det opereres med en ordning hvor entreprenøren yter først,

⁶⁸ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 474

og i mellomtiden er eksponert for utleggene ved dette, vil en forsinkelse av betalingen ganske raskt få betydning for entreprenøren. Dette taler for at byggherren ikke skal kunne misligholde betalingsforpliktelsen i lengre tid uten at det er tale om vesentlighet.

5.3.3 Tidligere betalingsmislighold

Også tidligere utvist manglende betalingsevne eller vilje hos byggherren er relevant for vesentlighetsvurderingen. Det får betydning for vesentlighetsvurderingen hvorvidt betalingsmisligholdet fremstår som enestående fra en ellers pliktoppfyllende og samarbeidsvillig byggherre eller om det utgjør et av flere tilfeller av betalingsmislighold.⁶⁹ I et tilfelle hvor byggherren viser seg som en konsekvent dårlig betaler, til tross for at beløpene hver for seg ikke er vesentlige, vil misligholdene kunne kumuleres og representere et vesentlig forhold. Tidligere betalingsmislighold vil også være et moment selv om byggherren har gjort opp for seg. Det forhold at byggherren til stadighet misligholder sin hovedforpliktelse bør kunne sanksjoneres strengt og støttes av hensyn til entreprenørens sikkerhet og behovet for oppfyllellespress.

5.3.4 Avdragsnota eller tilleggsvederlag

Det kan være relevant å vektlegge hva vedkommende betalingsforpliktelse gjelder. Man ser hen til om fakturaen gjelder en avdragsnota eller krav om tilleggsvederlag.⁷⁰ Avdragsnota er betaling entreprenøren har kunnet legge til grunn for sin planlegging. Derfor rammer normalt mislighold av slike avdrag entreprenøren hardere enn de mislighold av beløp som entreprenøren ikke har forutsett.

5.3.5 Garantistillelse for omtvistet beløp

Dersom byggherren tilbyr garantistillelse for det omtvistede beløp pluss renter, kan det tenkes at dette kan avverge en stansning. Byggherren viser med det vilje til å oppfylle sin forpliktelse, og garantien gir entreprenøren en sikkerhet for at betaling dersom førstnevnte har tatt feil vedrørende betalingsforpliktelsen. På den annen side foretas

⁶⁹ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 474-475

⁷⁰ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 474

stansning nettopp for å oppnå betaling der og da. Slik sikkerhetsstillelse avhjelper ikke umiddelbart noe på det aktuelle likviditetsproblem betalingsmisligholdet har påført entreprenøren. Det er fremholdt at sikkerhetsstillelse for rettmessig oppfyllelse ikke kan hindre stansning med den begrunnelse at det ikke gir entreprenøren

"noen likviditetsmessige forbedringer".⁷¹

Garantistillelse kan på denne bakgrunn ikke avverge stansningen.

5.3.6 Stansningens betydning for byggherren

De øvrige momentene sier noe om betalingsmisligholdets betydning for entreprenøren. Det er også relevant å se hen til hva en stansning betyr for byggherren. Ved vurderingen av hvor vesentlig misligholdet er, må det tas i betraktning hvor hardt stansningen rammer byggherren og prosjektet som sådan. Tidspunktet for ferdigstillelse og overlevering av bygget har konsekvenser for byggherrens allerede inngåtte avtaler med tredjeparter om videresalg, utleie eller andre avtaler som skal innkassere vederlag. Foruten dette, er det også et annet viktig hensyn ved behovet for å overholde kontraktens fremdriftsplan. Ytelsene fra prosjektets ulike aktører må koordineres og samordnes, slik at de blir levert i riktig tid og rekkefølge i forhold til hverandre. Dersom en aktør ikke leverer til riktig tid, vil dette raskt få store konsekvenser for andre deler av prosjektet. Det vil kunne forsinke prosjektet både på mindre plan, men også vanskeliggjøre målet om å oppnå avtalt ferdigstillelsesdato. En stansning vil kunne koste tid og penger. Hensynet til stansningens betydning for byggherren bør ses i sammenheng med neste punkt.

5.3.7 Alternative beføyelser

Et moment som normalt har betydning ved hevningsvurderingen er om det finnes andre beføyelser som kan avhjelpe den som har blitt utsatt for misligholdet.⁷² Dersom det finnes reelle alternativer til avhjelp er dette noe som taler mot at parten bør innrømmes

⁷¹ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 475

⁷² Se Rt-1999-408 s. 421

hevningsrett. I utgangspunktet er dette et hensyn som også gjør seg gjeldende for stansningsrett fordi det er et inngripende sanksjonsmiddel som man ikke bør anvendes med mindre det er helt nødvendig. Der det ikke finnes alternativ avhjelp kan det være et forhold som taler for å innrømme stansningsrett. Ved byggherrens betalingsmislighold er det sjeldent noe tilfredsstillende alternativ til stansning for å fremtvinge betaling. Entreprenøren kan kreve renter etter pkt. 30.1, men dette leder som regel ikke til avhjelp der og da. Rentekravet får han kanskje ikke dekket før i sluttoppgjøret.

5.3.8 Lojalitet og skyld

Partene har en lojalitetsplikt overfor hverandre. Lojalitetsplikten er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og er også uttrykkelig fastsatt i standardens punkt 5. Dersom byggherren har spekulert i å misligholde et mindre beløp som ikke er stort nok til å gi stansningsrett, er dette et forsettlig brudd på kontrakten. Dette må antas å utgjøre vesentlig betalingsmislighold selv om beløpet er relativt lite. Dette er sannsynligvis ganske upraktisk, men bør likevel nevnes i denne sammenheng.

5.3.9 Betalingsvegring

For de fleste tilfeller vil byggherrens manglende betaling skyldes at betalingsplikten er omtvistet. Det kan reises spørsmål om hvorvidt det virker inn på vesentlighetsvurderingen at betalingsplikten er uomtvistet. Der kravet er uomtvistet vil det ved manglende betalingsvilje være et bevisst brudd på kontrakten. Her vises til forrige punkt. Der byggherren ikke evner å yte sin hovedforpliktelse må det antas at vesentlighetsvilkåret er oppfylt.

I Eidsivating lagmannsrettsdom av 22. oktober 2003 (sak nr. 03-83 ASI-ELAG)⁷³ fant retten at entreprenørens stansning hadde vært berettiget. Kontraktsforholdet var basert på NS 3430. Retten fant at det forelå en forsinkelse på betaling av ca. kr 150 000 på stansningstidspunktet. Det misligholdte beløp var ikke så stort i forhold til den betaling han allerede hadde fått, som var ca kr 2,5 millioner. Andre forhold som at forsinkelsen

⁷³ Det ser ut til at dommen ikke er publisert. Dommen er tilsendt fra Eidsivating lagmannsrett. Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) viser til denne på side 471.

var på ca 3 - 6 uker og at entreprenøren var kjent med at byggherren hadde få likvide midler, så ut til å ha betydning. Det som ser ut til å veie vel så tungt for retten var at byggherrens reaksjon på de aktuelle fakturaene var nærliggende å betrakte

"som en generell betalingsvegring".

Det fremgår av byggherrens anførsler i saken at betalingsplikten var omtvistet, blant annet på grunn av manglende spesifisering av fakturaene. Dette hadde imidlertid bare blitt formidlet i generelle ordelag. Retten mente at dersom byggherren, (tomteeiere) hadde konkrete innvendinger mot fakturaene

"måtte de ha kommet med mer presise innsigelser som Fjeldvang kunne ha forholdt seg til".

5.3.10 Manglende sikkerhetsstillelse

I LH-2004-24252 (se under 5.3.2) påpekte retten at garantien var stilt for sent i tillegg til at flere fakturaer var betalt for sent ved vurderingen av om stansningen var rettmessig stansning. NS 3430 pkt. 36 ga stansningsrett ved byggherrens

"vesentlig betalingsmislighold".

NS 8405 pkt. 30.2 gir stansningsrett når byggherren

"vesentlig misligholder sin betalingsforpliktelse".

Ordlyden i bestemmelsene knytter vesentlighetsbegrepet til betalingsmislighold, og dette taler for at det ikke er rom for kumulasjon av forhold som ikke som knytter seg til betalingsmisligholdet som sådan. Reelle hensyn taler imidlertid for at manglende sikkerhetsstillelse kan trekkes inn i vurderingen fordi betydningen for entreprenøren av et betalingsmislighold blir mer alvorlig når det heller ikke er stilt sikkerhet. På bakgrunn av dette er manglende sikkerhetsstillelse et moment som kan trekkes inn i vesentlighetsvurderingen.

5.4 Betraktninger de lege ferenda om vesentlighetsvilkåret

Til tross for at terskelen må anses å være lavere i stansningstilfellene enn ved hevning, kan det reises spørsmål om stansningsrett de lege ferenda bør være betinget av et vesentlighetskrav. Til sammenligning, oppstilles det ikke et vesentlighetskrav i bustadoppføringslova § 56. Stansningsretten etter NS 8405 pkt. 30.2 er altså underlagt strengere vilkår enn i forhold hvor byggherren nyter et forbrukervern. Et viktig formål ved lovreguleringen var å styrke forbrukerens stilling.⁷⁴ I forarbeidene vises det til at Rådgivende Ingeniørers forening har fremholdt at det bør kreves vesentlig betalingsmislighold som vilkår for stansningsrett. Til dette uttaler departementet:

*"Det er likevel departementet sitt syn at det gjev forbrukaren eit tilstrekkelig vern at entreprenøren må gje et varsel på førehand om at arbeidet kjem til å bli stansa."*⁷⁵

Det kan også vises til LE-1995-2038. Entreprenøren hadde i 1994 inngått avtale om oppføring av fire seksjoner ferdighus. Byggherre som oppgis ved sitt private navn hadde operert som profesjonell utbygger siden 1985. Avtalen var dels basert på NS 3402 om oppføring av typehus, dels partenes særskilte vilkår. Stansningsrett var ikke regulert i avtalen. Entreprenøren stanset arbeidet som følge av manglende innbetaling av 3. termin. Retten fant at entreprenøren stansning hadde vært berettiget. I forbindelse med stansningsgrunnlaget uttales følgende:

"Tilbakehold/ byggestans må sees som en midlertidig reaksjon og kan ikke sidestilles med hevning. Det kan ikke stilles krav om vesentlig mislighold før slik tilbakeholdsrett inntreer".

⁷⁴ Se ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 5

⁷⁵ Se ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 83-84, uttalelse til stansningsrettsbestemmelsen i § 56

Det er grunn til å tro at regelen i pkt. 30.2 er et utslag av kompromiss mellom interesseorganisasjonene på byggherresiden og på entreprenørsiden. Om dette kompromisset har fått et heldig resultat, er tema i det følgende.

Det er tidligere vist til at vesentlighetskravet skal tilfredsstille kravet til proporsjonalitet. Tanken er at en stansning kan gi langt mer omfattende konsekvenser enn et betalingsmislighold. I 5.3.6 er det vist til hvilke alvorlige konsekvenser en stansning kan ha for byggherren, herunder for prosjektet. Spørsmålet er om proporsjonalitetskravet bør vurderes i et bredere perspektiv enn kun på bakgrunn av betalingsmisligholdet. Det som bør tas i betraktning er den eksponering entreprenøren utsettes for.⁷⁶ Videre er det et sentralt moment at det ikke finnes effektive sanksjonsmidler mot betalingsmislighold som ikke er vesentlig. Det kan også minnes om at byggherren har innsigelser mot avdragsgrunnlaget i behold, selv om han betaler, jf pkt. 28.1 (3).

Den danske standard AB 92 har bestemmelse om stansningsrett i § 23. Bestemmelsen lyder innledningsvis:

"Hvis byggherren ikke har betalt forfaldne beløp ved betalingsfristens udløb, kan entreprenøren efter skriftligt varsel på 5 arbejdsdage standse arbejdet. ..."

Etter den danske standard kreves det ikke at betalingsmisligholdet er vesentlig. Til gjengjeld er tidsfristen lenger. Både den danske regelen og pkt. 30.2 gir en ekstra tidsfrist for byggherrens oppfyllelse. Fristen i pkt. 30.2 er riktignok betydelig kortere, og det må antas å ha sammenheng med vesentlighetskravet. Reglene er beslektet med bestemmelser om tilleggsfrister for hevning i kjøpslovgivningen.⁷⁷ Etter avhendingslova § 5-3, tredje ledd oppstilles to alternative vilkår for hevning, i tillegg til de grunnlag som fremgår av første og andre ledd. Det første alternativet er det som er interessant i denne sammenheng. Etter dette alternativet kan selger heve avtalen når kjøper ikke betaler innen en rimelig tilleggsfrist. Vilkårene for hevning er således at

⁷⁶ Se over, i 5.2 om entreprenørens eksponering

⁷⁷ Se eksempelvis kjøpsloven § 39, avhendingslova §§ 4-3 (2), 5-3 (3)

betalingsplikten i henhold til opprinnelig betalingsfrist er misligholdt, og at den senere tilleggsfristen også er misligholdt. Det kreves ikke at misligholdet er vesentlig, og heller ikke at tilleggsfristen er så lang at tiden ville tilsvare vesentlig forsinkelse etter § 5-3 (1).⁷⁸ Tidsfristen må være rimelig for det konkrete tilfelle.⁷⁹ Videre må tidsfristen settes relativt presis.⁸⁰ Det følger ikke uttrykkelig av ordlyden, men det må antas at det må avgis et særskilt varsel om at hevning skjer dersom tilleggsfristen ikke overholdes.⁸¹ Selger kan ikke heve før tilleggsfristen har gått ut med mindre kjøper har sagt at han ikke kommer til å oppfylle innen fristen, jf § 5-3 (3) siste punktum.

Det kan tenkes at en regulering med en rimelig tilleggsfrist for betaling kunne vært hensiktsmessig fremfor kravet om vesentlighet etter pkt. 30.2. Dette fremholdes ikke bare av hensyn til entreprenøren, men også av hensyn til at en rimelig tilleggsfrist gir partene bedre tid til å håndtere situasjonen. Videre vil det forhold at det ikke kreves vesentlighet også kunne bidra til klarhet ved at man ikke må operere med skjønnsmessige vilkår. Dersom en slik regel ville virke i tråd med de nevnte formål kunne den være tjenlig for begge parter, herunder for prosjektet. Vurderingen av hvordan innholdet i stansningsretten *bør* være byr på vanskelige avveininger, hvor hensynene for og i mot vesentlighet veier tungt. De lege lata oppstilles det krav om vesentlighet i pkt. 30.2, og dette er ufravikelig. Det gjenstår å se om det vil skje en videre utvikling med hensyn til vesentlighetsvilkåret. Dersom domstolene går i retning av mindre streng praktisering av vesentlighetsvilkåret, kan det tenkes en uthuling av kravet.

⁷⁸ Se Ot.prp. nr 66 (1990-1991) s. 121, jf s. 99 jf Ot. Prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70

⁷⁹ Se Ot.prp. nr 66 (1990-1991) s. 99

⁸⁰ Se Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 70

⁸¹ Slik som etter kjøpsloven, se Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70. Se også til sammenligning NS 8405 pkt. 39. Her oppstilles vesentlighetskrav, men det angis at særskilt varsel må avgis og at en tilleggsfrist på 7 dager normalt vil anses som rimelig.

For kontrakter som ikke er basert på NS 8405⁸², vil NS 8405 pkt. 30.2 likevel kunne være veiledende for entreprenørens rett til å stanse arbeidet. I LE-2007-23711 uttalte retten følgende:

"Ved betalingsmislighold - eller forventet betalingsmislighold - har entreprenøren stansningsrett etter alminnelige entrepriserettslige prinsipper, jf bla NS 8405 pkt. 30.2 - Kolruds kommentarer til NS 8405 på side 354 flg og Karl Marthinussen m fl: NS 8405 med kommentarer på side 422."

På bakgrunn av det som er sagt over, er det imidlertid mye som taler for at det ikke bør oppstilles et vesentlighetsvilkår i kontraktsforhold utenfor NS 8405.

6 Forventet betalingsmislighold

6.1 Innledning

Også i tilfeller hvor misligholdet ennå ikke har inntruffet kan entreprenøren ha en rett til å stanse arbeidene etter pkt. 30.2. Hensynet som gjør seg gjeldende er at hver part bør ha rett og mulighet til å beskytte sine interesser. Ytelse mot ytelse prinsippet tilsier at entreprenøren kan stanse arbeidet der det er klart at han vil bli utsatt for vesentlig betalingsmislighold. Forventningen om betalingsmislighold kan begrunnes i manglende betalingsevne og/ eller vilje hos byggherren. Det spesielle i denne situasjonen er at misligholdet ennå ikke har inntruffet. De øvrige vilkår i pkt. 30.2 gjelder tilsvarende for utøvelse av stansningsrett på dette grunnlag.

6.2 Vilkåret - kravet til sannsynlighet

Grunnforutsetningen er at det er "*klart*" at et betalingsmislighold vil inntre. Entreprenøren må bevise at det er "*klart*" at det vil inntreffe et vesentlig

⁸² Og heller ikke basert på NS 3430

betalingsmislighold. Det vises til det som er sagt om betalingsmislighold og vesentlighetskravet i kapittel 3 og 5.

Klarhetskravet tyder på at det er et strengt beviskrav som legges til grunn. Begrepsbruken er kjent fra hevningsbestemmelser i alminnelig kontraktsrett. Marthinussen hevder at det kan finnes veiledning for "*klart*"-vilkåret i kjøpsloven § 62, samt teori og praksis knyttet til denne.⁸³ § 62 regulerer hevningsrett ved kjøp. I forarbeidene til kjøpsloven fremholdes det ved omtale av klarhetskravet at

*"Kravet til sannsynlighet er sterkt."*⁸⁴

I dommen inntatt i LB-2001-2931 var et av spørsmålene om kjøper av leveranser av dameklær hadde vært berettiget til å heve kjøpet på grunnlag av forventet kontraktsbrudd. Kjøper hadde inntil dette tidspunkt bestilt varer fra selger to ganger i året de siste par årene. Retten tok utgangspunkt i kjøpsloven § 62, og konstaterte at det på hevningstidspunktet ikke hadde foreligget noen opplysninger til leveransen som tilsa at kontraktsbrudd ville inntre. Retten åpnet for at tidligere erfaringer kunne trekkes inn i vurderingen, men at mangler ved forrige leveranse ikke førte til automatisk hevingsrett for den nye leveranse. Retten mente at dersom kjøper skulle kunne begrunne hevning på bakgrunn av forrige leveranse måtte kjøper ha

"søkt å klargjøre om det på grunn av manglene ved leveransen i november var noen konkret risiko for at det ville inntre et vesentlig kontraktsbrudd ved leveransen i mars".

Neste avsnitt innledes med:

"Ingenting tyder for øvrig på at det var noen nevneverdige mangler ved mars - leveransen."

⁸³ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 476

⁸⁴ Se Ot.prp nr 80 (1986-1987) s. 113

En begrunnet frykt er altså ikke tilstrekkelig med mindre det kan bevises et faktum som tilsier en overveiende sannsynlighet for at vesentlig mislighold vil inntre. Det må være klart mer sannsynlig at vesentlig mislighold inntre enn at byggherren overholder betalingsplikten. Tradisjonelt har man talt om

*"en til visshet grensende sannsynlighet".*⁸⁵

Fullstendig visshet om mislighold kan man ikke ha før det faktisk er inntrådt. Hagstrøm fremholder at retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser

*"vil inntre når det er helt på det rene at det vil bli mislighold".*⁸⁶

Det avgjørende er hvilke opplysninger som foreligger når entreprenøren vurderer å stanse på dette grunnlag. Det avgjørende er om opplysningene ut fra en objektiv vurdering tilsvarer en overveiende grad av sannsynlighet for at betalingsmislighold vil inntreffe. En entreprenør som vil stanse på dette grunnlag må altså vurdere hva han kan bevise og hvordan disse bevisene vurderes mer objektivt.

Dersom entreprenøren vil påberope svak økonomi hos byggherren, må han klare å bevise at byggherren faktisk har svak økonomi og at forholdet gjør det overveiende sannsynlig at han ikke evner eller vil betale. Selv om man finner sikre holdepunkter for at byggherrens økonomi er meget svak bør det klarlegges om det foreligger alternative handlingsmåter slik at byggherren likevel blir i stand til å oppfylle. Det kan for eksempel tenkes at byggherren får avtalt ekstra lån fra sin bank for å få ferdigstilt bygget.⁸⁷

⁸⁵ Se Hagstrøm (2003) s. 592

⁸⁶ Se Hagstrøm (2003) s. 589

⁸⁷ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 476

Det er fremholdt at dersom byggherren gir uttrykk for at han ikke vil betale, er dette tilstrekkelig for å oppfylle klarhetskravet.⁸⁸ Entreprenøren kan altså ta byggherren på ordet. Dersom det i ettertid oppstår tvist, må han imidlertid kunne bevise at byggherren faktisk ga ham en slik innrømmelse. Der grunnen til at han ikke kommer til å betale er manglende betalingsevne, kan det tenkes at situasjonen forandrer seg frem til forfall. Muligheten til forbedret situasjon ved forfall må inngå i klarhetsvurderingen.

Marthinussen fremholder at stansningsrett også innrømmes ved gjeldsforhandling eller konkurs hos byggherren selv om byggherren påkjærer domstolens avgjørelse.⁸⁹ Rimelighetshensyn overfor entreprenøren kan tilsi at det må være tilstrekkelig at konkurs er åpnet selv om byggherren ikke er enig i domstolens avgjørelse. Når konkurs begjæres er dette en klar indikasjon på at byggherrens økonomi er for svak til å oppfylle sine betalingsforpliktelser. Det må antas at entreprenøren bør kunne stanse arbeidet i påvente av at det foreligger dokumentasjon som støtter byggherrens oppfatning. Særlig bør dette gjelde der partene er i startfasen av prosjektet.

I LB-2008-33181 hadde vilkåret om aktuelt betalingsmislighold vært oppfylt på stansningstidspunktet. I løpet av stansingsperioden bortfalt vilkåret fordi byggherren spesifiserte sitt dagmulktskrav, se over i 3.2. Retten vurderte så om opprettholdelse av stansningen hadde vært berettiget på grunn av forventet vesentlig betalingsmislighold. Lagmannsretten avviste dette grunnlaget idet den ikke fant det bevist at byggherren hadde dårlig økonomi. I denne sammenheng ble det også vist til at det gjensto

"få og ikke særlig kostnadskrevende arbeider på bygget".

Vi ser at byggherrens økonomiske situasjon må vurderes opp mot den aktuelle betalingsforpliktelse. Selv om det viser seg at byggherren har dårlig økonomi, vil dette ikke nødvendigvis ha betydning for betalingsplikten der det gjenstår lite arbeid. Dersom det likevel er klart at mislighold vil inntre, men det gjenstående arbeidets verdi er lite, vil imidlertid vesentlighetskriteriet neppe være oppfylt.

⁸⁸ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 476

⁸⁹ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 476

Det må antas at det forventede betalingsmislighold kan knytte seg både til arbeid som allerede er utført, men hvor betalingsplikten ennå ikke har forfalt og til arbeid som ennå ikke er utført. Desto lenger frem i tid det forventede misligholdet er, desto vanskeligere blir det imidlertid for entreprenøren å bevise forventet mislighold.

7 Konsekvenser av stansning

7.1 Konsekvenser av rettmessig stansning

7.1.1 Innledning

Når vilkårene i pkt. 30.2 er oppfylt, kan entreprenøren foreta en rettmessig stansning. Stansningen er dermed å betrakte som byggherrens risiko. Stansningsoppholdet kan forlenge og fordyre entreprenørens arbeid. Etter pkt 30.2, andre ledd har entreprenøren krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag

"i samsvar med bestemmelsene i punktene 24 og 25. Entreprenøren skal varsle sitt krav i samsvar med varslingsbestemmelsene i de samme punktene."

Ordlyden forteller at stansningssituasjonen likestilles med de tilfeller som nevnes i pkt. 24 og pkt. 25. Etter disse punktene gis entreprenøren krav som har oppstått som følge av forhold på byggherrens side.

7.1.2 Fristforlengelse - kravet om varslings

7.1.2.1 Innledning

Pkt. 24 regulerer krav om fristforlengelse. Fristforlengelseskravet kan omhandle utsettelse av ferdigstillelsesfristen samt dagmulftsanksjonerte frister. Det følger av pkt. 30.2 jf. pkt 24.1 at entreprenøren kan kreve fristforlengelse hvis fremdriften er hindret som følge stansningen. Det må altså påvises årsakssammenheng mellom stansningen og hindret fremdrift. For at stansningen skal utgjøre en fremdriftshindring må den påvirke

arbeidet på kritisk linje.⁹⁰ Ved en stansning avbryter entreprenøren alle sine oppgaver i prosjektet, og det er ment at den skal få utslag på fremdriften på kritisk linje.

Det fremgår av pkt 24.4 at

"Dersom en part vil kreve fristforlengelse på grunn av forhold som er beskrevet i 24.1, 24.2 eller 24.3, skal han skriftlig varsle den andre parten uten ugrunnet opphold".

Den formelle tilnærming synes å være at entreprenøren må avgi et nøytralt varsel om at han vil kreve fristforlengelse. Ordlyden er taus med hensyn til varselets innhold. Det må antas at det må uttrykkelig fremgå et krav om fristforlengelse. Videre må kravet baseres på at stansningen som skyldes byggherrens forhold gir virkninger på fremdriftsplanen. Ordlyden er noe uklar med hensyn til når fristen begynner å løpe. Formuleringen tyder på at så snart entreprenøren har faktisk kunnskap om at forholdet vil gi konsekvenser for fremdriften, må det varsles uten ugrunnet opphold.⁹¹

Ettersom entreprenøren stanser fremdriften må det legges til grunn at entreprenøren har faktisk kunnskap ved iverksettelsen av stansen at det vil kreves fristforlengelse. Ansvarsforholdet er avklart i og med at stansningen skyldes byggherrens mislighold, så dette gis det ikke noe ekstra tid for. Det kreves heller ikke noe beregning eller spesifikasjon ved dette varselet. Utgangspunktet må derfor være at varselet må sendes uten

"uten ugrunnet opphold"

etter stansningens iverksettelse. Dette viser til at oppholdet innen varsling skjer, må saklig begrunnes.⁹²

⁹⁰ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 335

⁹¹ Slik som Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 351

⁹² Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 352

Plikten til å utforme varsel og få dette sendt må i en slik situasjon prioriteres fremfor andre oppgaver. At det kan ta noen dager å utforme varselet og siden få sendt det må ligge innenfor hva som er saklig grunn.

For å overholde standardens krav må man ta bestemmelsen på ordet. For de tilfeller hvor entreprenøren ikke har sendt et nøytralt varsel innen fristen, bestemmer andre ledd at kravet prekluderes. Preklusjon kommer bare på spissen dersom byggherren påberoper dette.

Det gir imidlertid ikke god mening at entreprenøren ved en stansning som skyldes byggherren, mister sitt kravet ved manglende nøytral varsling. Formålet med slik nøytral varsling må være å opplyse byggherren om at entreprenøren kommer til å fremme krav. De typiske forhold pkt. 24.1 sikter til, er slike som kan gi fremdriftskonsekvenser. Viktige formål for nøytralt varsel i slike tilfeller, er å varsle om at forholdet vil få fremdriftskonsekvenser og at det er entreprenørens syn at konsekvensene er byggherrens risiko. Ved en rettmessig stansning er byggherren opplyst om situasjonen ved stansningsvarselet. Dette varselet gjør det klart at arbeidet stanses på grunn av byggherrens forhold. Det kan fremholdes at byggherren er orientert om at stansningen vil gi fremdriftskonsekvenser, og om entreprenørens syn på at dette er byggherrens risiko. For praktiske formål, synes det derfor vanskelig å tenke seg at en byggherre som har forårsaket en stans skal kunne bli hørt med en innsigelse om preklusjon (etter manglende nøytralt varsel). Det kan fremholdes at det nøytrale varselet må anses oppfylt ved at byggherren er varslet om stansningen. En mellomløsning for entreprenøren kan være å innta et presisert krav om fristforlengelse i stansningsvarselet. Det er likevel grunn til å tro at byggherren neppe vil kunne høres med at det skulle vært avgitt et eget nøytralt varsel for fristforlengelseskravet.

I sin kommentar til NS 8405 (2004) fremholder Kolrud at varsling av krav om fristforlengelse og vederlagsjustering neppe begynner å løpe før arbeidet gjenopptas.⁹³ Varslingsreglene i NS 8405 (2004) var riktignok noe annerledes utformet enn i NS 8405 (2008), men også i 2004- utgaven oppstilte pkt. 23 krav til nøytralt og spesifisert varsel.

⁹³ Se Kolrud mfl (2004) s. 356

Kolrud utdyper ikke synspunktet, men det kan tenkes at det er en hentydning til at nøytralt varsel anses unødvendig i stansningstilfellene, og at det kun trengs et spesifisert varsel etter at arbeidet er gjenopptatt.

Kravet til spesifisert varsel er imidlertid godt begrunnet. I henhold til pkt. 24.6 må entreprenøren spesifisere og begrunne sitt krav uten ugrunnet opphold etter at grunnlag for beregning av kravets omfang foreligger. Byggherren kan dermed ta stilling til kravets omfang. Vurderingstema for

"uten ugrunnet opphold"

er som nevnt, om det finnes saklig grunn til å vente.⁹⁴ Saklig grunn må vurderes konkret, men det er antatt at det er

"mer snakk om dager enn uker".⁹⁵

Hvis kravet ikke spesifiseres innen fristen, har entreprenøren kun krav på slik fristforlengelse byggherren

"måtte forstå at han hadde krav på."

Spesifiseringen må angi lengden på fristforlengelsen. Av pkt. 24.5 fremgår det hvordan beregningen av fristforlengelse skal foretas. Det er *virkningene*⁹⁶ stansningen har påført fremdriften som er avgjørende.⁹⁷ Foruten krav til årsakssammenheng, nevnes hvilke forhold som særskilt skal tas hensyn til ved beregningen. I tillegg oppstilles plikt til å begrense skadevirkningene av fristforlengelsen, jf andre ledd. Så snart det foreligger grunnlag for beregning må entreprenøren sende byggherren spesifikasjon av kravet med begrunnelse. Det kan hende at entreprenøren plikter å sende spesifikasjoner etter hvert

⁹⁴ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 352

⁹⁵ Se Marthinussen og Giverholt (2010) s. 311

⁹⁶ Min utheving

⁹⁷ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 354

som han får underlag, for å tydeliggjøre konsekvenser for de løpende dagmulksanksjonerte fristene. Pkt. 24.6 taler om at entreprenøren skal varsle uten ugrunnet opphold når grunnlag foreligger for beregning av

"omfanget av kravet".

Dette kan tale for at fristen ikke begynner å løpe før stansningen er over. Først da foreligger grunnlag for å beregne hele omfanget av fristforlengelseskravet.⁹⁸ I mangel av andre holdepunkter er det nærliggende å legge til grunn at fristen først begynner å løpe når entreprenøren har fått rimelig grunn til å beregne det totale kravet. Det kan tenkes at entreprenøren under stansningen får vite når byggherren vil oppfylle sin betalingsplikt, herunder når tidspunktet for når entreprenøren er forpliktet til å gjenoppta arbeidet. Da kan det tenkes at entreprenøren vil ha grunnlag for, og tid til, å foreta beregning mens stansningen pågår. I tilfelle vil fristen kunne begynne å løpe før arbeidet opptas. For de fleste tilfeller vil nok likevel tilstrekkelig informasjon for beregning av kravets omfang først foreligge når arbeidet gjenopptas. I slikt tilfelle begynner dermed fristen først å løpe etter at arbeidet er gjenopptatt.

Etter pkt. 24.7 kan byggherren tape sine innsigelser mot et krav avgitt i henhold til pkt. 24.6. Slik preklusjon skjer når han etter å ha mottatt kravet ikke svarer på dette

"uten ugrunnet opphold".

Byggherren må altså sannsynliggjøre en saklig grunn for å vente med varselet utover den tid som er rimelig å gi ham til å områ seg.

⁹⁸ Se til sammenligning Marthinussen og Giverholt (2010) s. 317-318, vedrørende tilsvarende begrepsbruk i NS 8405 pkt. 25.4

7.1.3 Vederlagsjustering

7.1.3.1 Innledning

Entreprenøren kan kreve vederlagsjustering i samsvar med bestemmelsene i pkt. 25. Pkt. 25.2 gir entreprenøren krav på vederlagsjustering som skyldes byggherrens forhold. Entreprenøren må derfor påvise årsakssammenheng mellom stansningen og de kostnader han påberoper som følge av denne. En typisk kostnad vil være utgiftene med å holde sitt mannskap stand-by under stansen.⁹⁹ Også andre utgifter ved forlenget kontraksperiode kan påføre entreprenøren utgifter. Han har for eksempel leiet inn maskiner og annet utstyr for den opprinnelige kontraksperiode, og forlengelse av innleide ting medfører utgifter.

7.1.3.2 Varsling

Krav om vederlagsjustering må varsles. Dersom man skal ta standarden på ordet, må entreprenøren etter pkt. 25.3

"uten ugrunnet opphold varsle byggherren når han blir eller burde blitt klar over forholdene."

Bestemmelsen lest i sammenheng og anvendt på stansningssituasjonen tilsier at

"forholdene"

viser til det forhold at stansningen har medført utgifter som han ellers ikke ville hatt. Ansvarsforholdet er avklart i og med at stansningen er rettmessig. Konsekvensen av manglende varsling er at entreprenøren taper sitt krav på vederlagsjustering, jf annet ledd.

⁹⁹ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

Også her er ordlyden taus om innholdsmessige krav. Det må klart fremgå at det er et varsel om krav på vederlagsjustering. Det må videre vises til at kravet bygger på at stansningen medfører kostnader.

Fristen begynner å løpe fra det tidspunkt entreprenøren blir eller burde blitt klar over at stansningen ville medføre utgifter. Det er nærliggende at entreprenøren burde bli, og også faktisk blir klar over at stansning vil medføre utgifter allerede ved iverksettelsen. Avgjørende for fristberegningen er hvilket av disse tidspunkter som først inntreffer. Entreprenøren må etter dette sende varsel uten ugrunnet opphold. Også her er vurderingstema om tiden frem til varsling har en saklig begrunnelse.

Også for vederlagsjustering kan det synes mindre godt begrunnet at nøytralt varsel må avgis etter en stansning. Det vises til de argumenter som fremholdes i drøftelsen i 7.1.2.1, om at manglende nøytralt varsel ikke bør lede til preklusjon av fristforlengelseskravet. Ved stansning er det grunn til å forvente at entreprenøren vil ha utgifter som han vil kreve dekket av byggherren. Det er ikke bare entreprenøren som burde være klar over at stansningen medfører utgifter, men også byggherren bør forstå dette. Byggherren er allerede ved det betingede stansningsvarsel blitt opplyst om at stansningen er hans risiko, herunder følgene av den.

Etter pkt. 25.4 må entreprenøren sende et spesifisert og begrunnet krav

"når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet".

Beregningen skal gjøres i samsvar med bestemmelsene i 25.7 til 25.8.

Stansningskostnadene må dokumenteres. De typiske kostnader vil være utgiftene for å holde sitt mannskap i beredskap, og utgiftene ved å forlenge perioden for innleid utstyr. Hvis spesifisering ikke sendes uten ugrunnet opphold, har entreprenøren etter andre ledd bare krav på slik justering av vederlaget

"som byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre".

Også etter pkt. 25.4 er det tale om kravets omfang. Det er fremholdt at ordlyden peker hen til at entreprenøren kan avvende det spesifiserte varselet inntil det totale konsekvensbilde foreligger.¹⁰⁰ Dette taler for at entreprenøren kan avvende varsling til stansningen er over.

Etter pkt. 25.5 taper byggherren innsigelser dersom han ikke svarer

"uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt et spesifisert og begrunnet krav".

Et særskilt varsel må sendes dersom entreprenøren vil fremme slike krav som nevnt i andre ledd. Entreprenøren må videre holde byggherren løpende orientert om utviklingen av kravene i a) og b), jf siste ledd. Varsel skal gis

"uten ugrunnet opphold når entreprenøren blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe.

7.1.3.3 Tapsbegrensningsplikt

En tapsbegrensningsplikt finnes i pkt. 24.5, andre ledd. Denne sikter til at partene skal søke å begrense både tids- og kostnadskonsekvenser ved en fristforlengelse.

Tapsbegrensningsplikt er også et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.¹⁰¹

Tapsbegrensningsplikten betyr at en ikke skal få erstatning for et tap som kunne vært unngått. Dersom entreprenøren ikke har foretatt de besparelser han burde gjort, kan det beløp som burde vært spart gå til fradrag i vederlagsjusteringen.¹⁰² Det er rimelighetsbetraktninger og samfunnsøkonomiske hensyn som begrunner prinsippet.¹⁰³ Marthinussen fremholder at entreprenøren er forpliktet til å begrense sin beredskap der byggherren ikke betaler etter en iverksatt stansning. Entreprenøren må begrense beredskapen til et nivå

¹⁰⁰ Se Marthinussen og Giverholt (2010) s. 317-318

¹⁰¹ Slik som Hagstrøm (2003) s. 561 hvor det gis eksempler på ulike utslag av "prinsippet" i lovgivningen

¹⁰² Se Hagstrøm (2003) s. 562

¹⁰³ Se Hagstrøm (2003) s. 561

*"som er tilstrekkelig for å ivareta sine interesser."*¹⁰⁴

Situasjonen etter en stansning vil ofte være preget av usikkerhet, og det gjør det vanskelig for entreprenøren å vite hvor lite hans beredskap kan reduseres til. Det må antas at det kan gjøres fradrag i vederlagsjusteringen dersom mannskap og materiell er, eller kunne vært utnyttet til andre formål. Tapsbegrensningsplikten, herunder lojalitetshensynet tilsier også at entreprenøren har en omsorgsplikt for byggeplassen han har forlatt.

Med utgangspunkt i tapsbegrensningsplikten er det gode grunner for å oppstille en plikt for entreprenøren til å heve der kostnadene ved stansningen er på vei til å overstige kostnadene ved en hevning.¹⁰⁵ Marthinussen fremholder at der byggherren flere ganger medgir at han kommer til å betale, kan det godtas at entreprenøren opprettholder beredskapen.¹⁰⁶ Også der det er klart at byggherren ikke kommer til å betale er det nærliggende å oppstille en plikt til å heve.¹⁰⁷ Det vil pådras unødvendige utgifter ved å holde beredskapen stand by i en slik situasjon. Dette viser at entreprenøren ikke kan opprettholde stansen på ubegrenset tid selv om vilkårene i pkt 30.2 er oppfylt.

En annen side ved dette er at entreprenøren ofte vil ønske å heve der byggherren ikke oppfyller etter iverksatt stansning. Entreprenøren ønsker ikke å forholde seg til en byggherre som vesentlig misligholder betalingsforpliktelsen. Ved en hevning vil entreprenøren eventuelt også kunne kreve erstattet den tapte fortjeneste. Forutsetningen for å heve er da at misligholdet er *vesentlig* i henhold til pkt. 39. Ved en hevning vil oppgjøret følge av pkt. 39.

¹⁰⁴ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

¹⁰⁵ Slik som Sandvik (1977) s. 264 ved henvisning til tapsbegrensningsprinsippet i NS 3401 pkt 8.6. Se også Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

¹⁰⁶ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

¹⁰⁷ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

7.2 Konsekvenser av urettmessig stansning

7.2.1 Innledning

Urettmessig stansning representerer et kontraktsbrudd fra entreprenørens side. Kontraktsbruddet gir grunnlag for misligholdsbeføyelser for byggherren. De sentrale misligholdsbeføyelsene er dagmulkt og erstatning.

7.2.2 Dagmulkt og erstatning

Punkt 34.2 bestemmer at byggherren kan kreve dagmulkt

"dersom arbeidet ikke er ferdigstilt innen de dagmulktbelagte frister".

Dersom stansningen medfører forsinkelse i forhold til disse fristene vil byggherren kunne kreve dagmulkt. Ansvar er objektivt. Dagmulkt er en type standardisert erstatning, se standardens pkt. 34.3. Det fremgår av standardens pkt. 34.1, tredje ledd at byggherren ikke kan kreve erstatning i stedet for dagmulkt med mindre det foreligger forsett eller grov uaktsomhet. En urettmessig stansning skyldes imidlertid forsettlig atferd fra entreprenøren, og dette åpner for at byggherren kan gjøre gjeldende erstatningskrav istedenfor den dagmulkt. Byggherren vil da kunne få erstattet de reelle tap stansningen har medført. Et erstatningskrav gjøres i tilfelle gjeldende på bakgrunn av reglene om erstatning i kontraktsforhold. Det betyr at krav til ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng må være oppfylt.

Ved en urettmessig stansning har entreprenøren handlet culpøst (ansvarsgrunnlag), og byggherren kan kreve erstatning for de kostnader (økonomisk tap) han er påført som en påregnelig følge av stansningen (adekvat årsakssammenheng). Dersom entreprenøren ikke er i stand til å dekke et slikt krav, kan det tenkes at byggherren må gå på entreprenørens garantist, jf NS 8405 pkt. 9.2. Hvorvidt garantisten blir forpliktet til å dekke byggherrens tap beror på om forholdet og beløpet faller inn under garantien.

Byggherrens økonomiske tap kan bli stort. Det kan tenkes at alle andre aktører i prosjektet har blitt rammet av stansningen. Disse vil naturlig nok kreve sine tap dekket

av byggherren, som igjen vil føres over på entreprenøren. Byggherren krever muligens også dekket tapte inntekter som skyldes forsinket ferdigstillelse.

Det økonomiske tap som kreves dekket må dokumenteres. Dette er for å sannsynliggjøre tapet og for å påvise årsakssammenhengen mellom stansingen og tapet. Kravet om årsakssammenheng krever at det må bevises at kostnadene knytter seg til den urettmessige stansning. Videre krever adekvanskrevet i kontraktserstatningsretten at tapet må ha

"rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig".¹⁰⁸

Vurderingen må bygge på et faktaunderlag samt en sannsynlighetsvurdering.¹⁰⁹ Den må videre skje ut fra det tidspunkt stansningen ble iverksatt.¹¹⁰ Tap på grunn av dagmulktkrav fra kjøpere av leiligheter i bygget kan være en sannsynlig og påregnelig følge av forsinket ferdigstillelsesdato. Der bygget består av næringslokaler som skal leies ut vil også krav fra leietagerne kunne være en påregnelig følge av for sen ferdigstillelse. Hvor stort tap som kan kreves dekket, må avgjøres mer konkret. I tillegg til å bære byggherrens tap som er forårsaket av stansen, har entreprenøren sannsynligvis hatt utgifter på egne vegne. De merutgifter stansen har forårsaket som entreprenøren ved rettmessig stansning kan kreve etter pkt. 25, må han her bære selv.

7.2.3 Byggherrens hevningsrett

Ofte vil en urettmessig stansning anses som et så alvorlig brudd på kontrakten at byggherren vil ønske å heve. Et ønske om å heve kan være nærliggende ettersom entreprenørens stansning er et forsettlig brudd på hovedforpliktelsen som kan ha omfattende konsekvenser for fremdrift og medføre betydelige kostnader. Det må foretas en samlet vurdering for å avgjøre om stansningen utgjør et vesentlig mislighold etter

¹⁰⁸ Se Rt-1983-205 s. 212, Se også Hagstrøm (2003) s. 526

¹⁰⁹ Se Hagstrøm (2003) s. 528

¹¹⁰ Se Hagstrøm (2003) s. 532

pkt. 39. Konsekvensene av misligholdet er et relevant moment ved avgjørelse om misligholdet er vesentlig. Den enkelte situasjon må vurderes konkret. Ved henblikk på rettspraksis hvor byggherre har hevet etter en urettmessig stansning, er det imidlertid nærliggende å anta at det ikke skal mye til før en urettmessig stansning gir hevningsgrunnlag for byggherren.¹¹¹ Marthinussen fremholder at det må antas at det skal lite til for å betrakte en urettmessig stansning som et vesentlig mislighold.¹¹² Gjennomføring av hevning, herunder det økonomiske oppgjøret følger av pkt. 39.

8 Stansningsrett på annet grunnlag enn pkt. 30.2?

8.1 Innledning

I kapittel 3 ble det lagt til grunn at det kun er vesentlig betalingsmislighold som kan utgjøre stansningsgrunnlag etter NS 8405 pkt. 30.2. Tema i det følgende er derfor om stansningsrett kan gjøres gjeldende på annet grunnlag enn pkt. 30.2, herunder ved annen byggherresvikt enn betalingsmislighold. Utenfor pkt. 30.2 kan hevningsrett gi entreprenøren valget mellom å heve eller å stanse. Tidligere er det fremholdt at stansningsrett må antas å være underlagt mindre strenge vilkår enn hevningsrett. Hjemmelen for å stanse der det foreligger hevningsgrunnlag kan derfor innfortolkes i NS 8405 pkt. 39, med støtte i en "fra det mer til det mindre"- betraktning. Imidlertid skal det som utgangspunkt mye til for å oppfylle vesentlighetskravet i pkt. 39, og det vil sjeldent foreligge hevningsgrunnlag utenfor tilfellene av vesentlig betalingsmislighold. På denne bakgrunn er det interessant å kaste et blikk på om stansningsrett kan begrunnes ved annen type byggherresvikt. I det følgende vil kun svikt ved noen av byggherrens mest sentrale biforpliktelser berøres, herunder byggherrens medvirkningssvikt og manglende sikkerhetsstillelse.

¹¹¹ Se eksempelvis LB-2008-33181 og LB-2000-1297

¹¹² Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 472

8.1.1 Byggherrens medvirkningssvikt

Byggherrens typiske medvirkningsplikter fremgår av NS 8405 pkt. 19, jf pkt. 20. Der byggherren har misligholdt sin plikt til å innhente nødvendige tillatelser fra det offentlige, se pkt. 19.6 eller på annen måte ikke lykkes i å skaffe tilkomst for entreprenøren på byggeplassen stopper arbeidet opp i den grad det er påbegynt. Det er imidlertid ikke en utøvelse av stansningsrett. En sentral forpliktelse er byggherrens plikt til å levere prosjekteringsgrunnlag i tide, se pkt. 19.2 jf pkt 20.1. Dersom arbeidet allerede er i gang, stanser arbeidet av seg selv når tegninger og annet grunnlag for utførelsen ikke leveres i tide. Dette er heller ikke utøvelse av en stansningsrett. Ved forsinket leveranse av underlag kan entreprenøren kreve fristforlengelse og vederlagsjustering dersom det kan påvises en årsakssammenheng mellom bruddet og hindret fremdrift og/eller økte utgifter, jf pkt. 24.1 b) og pkt. 25.2 b). Dersom entreprenøren har krav på merutgifter og har oppfylt varslingskravene, vil imidlertid det forhold at byggherren ikke betaler slikt krav utgjøre et betalingsmislighold.

Dersom det foreligger utførelsesplikt for annet arbeid, kan det imidlertid reises spørsmål om dette arbeidet kan stanses for å fremtvinge grunnlaget som er forsinket. Arbeid som ikke ligger på kritisk linje er ikke interessant i denne sammenheng. Vi ser for oss en planlagt oppdeling av ulike arbeidsoperasjoner som vi kaller A, B, C. Disse ligger på kritisk linje og skal utføres i rekkefølge hvor arbeid A skal utføres før B osv. Dersom arbeid A stopper opp grunnet byggherrens medvirkningssvikt, har entreprenøren i utgangspunktet krav på fristforlengelse for den virkning forsinkelsen får på fremdriftsplanen. Dersom entreprenøren er forpliktet til å omdisponere slik at han må utføre arbeid B i mellomtiden, er spørsmålet om han kan stanse dette for å fremtvinge grunnlaget for arbeid A. Det følger av annet ledd i pkt. 24.5 at partene forplikter

"å forebygge og begrense skadevirkningene av en fristforlengelse og samarbeide med hverandre om de tiltak som kan iverksettes."

Samarbeidsplikten tilsier at entreprenøren må foreta omdisponering i slikt omfang som man

"med rimelighet kan forvente av en aktsom entreprenør som opptrer lojalt i kontraktsforhold".¹¹³

En omdisponering forutsetter at det er mulig å bytte rekkefølgen på arbeidet, og at det foreligger nødvendig grunnlag for å utføre annet arbeid. Arbeid som entreprenøren etter dette må forventes å utføre, kan ikke stanses på grunnlag av den medvirkningssvikt som foreligger for arbeid A. Det foreligger ingen holdepunkter for slik stansningsrett. Byggherrens medvirkningssvikt vil på denne bakgrunn kun reise spørsmål om entreprenørens krav på fristforlengelse og vederlagsjustering.

8.1.2 Manglende sikkerhetsstillelse

NS 8405 pkt. 9.3 fastslår at byggherren skal stille sikkerhet for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser som utgjør 15 % av kontraktsummen. Sikkerheten er ment å dekke eventuelle tap entreprenøren får ved forsinket eller uteblitt betaling fra byggherren. Det kan fremholdes at plikten til å stille sikkerhet er beslektet med betalingsplikten. Pkt. 9.3 bestemmer videre at entreprenøren ikke plikter å starte sin utførelse før han har mottatt byggherrens sikkerhetsstillelse. Det bemerkes at pkt. 39.1, tredje ledd jf første ledd, åpner for at entreprenøren kan heve hvor manglende sikkerhetsstillelse utgjør et vesentlig kontraktsbrudd. Hevningsrett kan som nevnt gi stansningsgrunnlag. For tilfeller hvor hevningsgrunnlag ikke foreligger, kan det likevel tenkes at manglende sikkerhetsstillelse gir stansningsrett etter arbeidets oppstart. I tilfeller hvor entreprenøren starter arbeidet før sikkerhet er stilt, vil dette ofte være en slags betinget goodwillhandling.¹¹⁴ Betingelsen for å starte, er at plikten til sikkerhetsstillelse senere oppfylles. Når betingelsen ikke innfris, vil dette kunne betraktes som et kontraktsbrudd som gir grunnlag for stansning. Arbeidets betingede oppstart kan anses som særskilte avtalevilkår. Disse går foran standardens bestemmelser ved motstrid, jf pkt. 3.2, tredje ledd. Om forholdene rundt arbeidets oppstart kan utgjøre grunnlag for stansning må avgjøres konkret.¹¹⁵ På denne bakgrunn kan det tenkes å

¹¹³ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 356-357

¹¹⁴ Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

¹¹⁵ Slik som Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) s. 477

foreligge stansningsrett ved byggherrens manglende sikkerhetsstillelse etter en konkret vurdering.

9 Kilder

9.1 Standarder

NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt (2009)

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt (2004)

NS 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (1994)

NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)

NS 3401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)

NS 401A Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1961)

NS 401 Formular for kontrakt om utførelse av byggearbeider (1944)

9.2 Lov

2004 Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14. mai 2004 nr. 25

1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m. m (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43

1992 Lov om avhending av fast eigedom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93

1989 Lov om håndverkertjenester m. m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27

1976 Lov om renter ved forsinket betaling m. m. m. (forsinkelsesrenteloven) av 17. desember 1976 nr. 100

1939 Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova) av 17. februar 1939 nr. 1

1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5

9.3 Forarbeider

- Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
- Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eigedom (avhendingslova)
- Ot. prp. nr. 80 (1986-1987) Om A kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN - konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980

9.4 Domsregister

HR-2010-1875-A

Rt-2010-961

Rt-2010-967-A

Rt-2007-1587

Rt-1999-408

Rt-1998-1510

Rt-1983-205

Rt-1978-1157

LB-2008-33181

LE-2007-23711

LH-2004-24252

LG-2003-19550

Eidsivating lagmannsretts dom av 22. oktober 2003 (sak nr. 03-83 ASI-ELAG)

LB-2002-1295

LB-2001-4037

LB-2001-2931

LE-2001-624

LB-2000-1297

LG-2000-461

LF-1998-483

LE-1995-2038

LF-1993-84

9.5 Litteraturliste

9.5.1 Bøker

Barbo (1997)

Barbo, Jan Einar *Kontraktsomlegging i
entrepriseforhold*. Oslo, 1997

Benestad Anderssen (2008)

Benestad Anderssen, Harald
Avhendingsloven med kommentarer.
Oslo, 2008

Bergsåker (1994)

Bergsåker, Trygve *Pengekravsrett*.
1. utgave 1994 (6. opplag, Oslo, 2002)

Haaskjold (2002)

Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelser*.
Oslo, 2002

Hagstrøm (2003)

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett i
samarbeid med Magnus Aarbakke*.
Oslo, 2003 (3. opplag, 2004)

Høgetveit Berg (2006)

Høgetveit Berg, Borgar, Øystein Askim,
Andreas Meidell, Carsten Riekeles, Eirik
Vikanes, Med bidrag fra Jan Ussing
Andersen, Helena Rosén Andersson, Frank
Bøggild, Finn Madsen
Voldgiftsloven med kommentarer.
Oslo, 2006

- | | |
|---|--|
| Kolrud mfl (2004) | Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, Johnny Johansen, Inger-Johanne Lund, Dag Arne Ruud, Tor Wilhelm Seim og Bjørg Ven <i>NS 8405 Kommentarutgave</i> . Oslo, 2004 |
| Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2010) | Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen <i>NS 8405 med kommentarer</i> . 3. utgave. Oslo, 2010 |
| Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2007) | Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen <i>NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer</i> . Oslo, 2007 |
| Marthinussen, Giverholt, Arvesen (2006) | Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen m. fl. <i>NS 8405 med kommentarer</i> . 2. utgave. (1. opplag) Oslo, 2006 |
| Sandvik (1977) | Sandvik, Tore <i>Kommentar til NS 3401</i> . Bergen, 1977 |
| Sandvik (1966) | Sandvik, Tore <i>Entreprenørrisikoen</i> . Oslo, 1966 |
| 9.5.2 Artikler | |
| Kolrud (2010) | Kolrud, Helge Jakob <i>Oppmann som problem- og tvisteløser i entrepriseforhold</i> . |

I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 280-285.

Marthinussen og Giverholt (2010)

Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt
Varsel og krav i entreprisestandardene - tap av rettigheter.

I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og entrepriserett. Oslo, 2010, s. 304-327.

9.6 Annet

9.6.1 Byggblankett 8405 A

Formular for kontrakt om utførelse av bygge- og anleggsarbeider

9.6.2 Dansk entreprisestandard

AB 92 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed § 23